UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ANÁLISIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO REFERIDO A EMPRESAS MERCANTILES QUE COMERCIALIZAN DATOS PERSONALES

JULIO ROBERTO DÍAZ SONTAY

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ANÁLISIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO REFERIDO A EMPRESAS MERCANTILES QUE COMERCIALIZAN DATOS PERSONALES

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JULIO ROBERTO DÍAZ SONTAY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2011

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

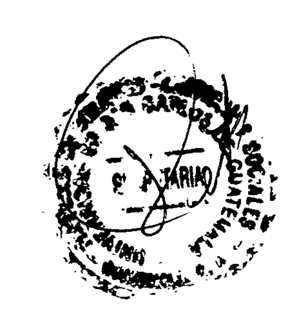
Presidenta:	Licda.	Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Vocal:	Licda.	Crista Ruiz Castillo de Juárez
Secretario:	Lic.	José Alejandro Alvarado Sandoval

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda.	Mayra Johana Veliz López
Vocal:	Licda.	Berta Aracely Ortiz Robles
Secretario:	Lic.	Héctor Vinicio Calderón Reyes

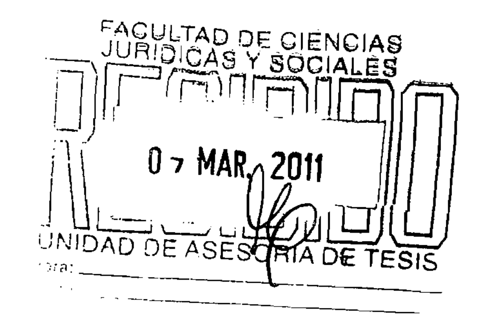
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).





LIC. LUIS EDUARDO VILLEGAS POZAS
ABOGADO Y NOTARIO
14 calle 6-12 Zona 1, Of. 312 tercer nivel
Edif. Valenzuela, Ciudad Guatemala
Tel. 22214928 - 55068237

Guatemala 07 de marzo de 2011



Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

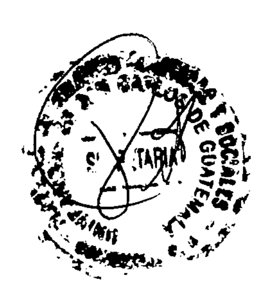
Respetable licenciado:

En atención a la providencia de esa unidad de fecha 21 de enero del año 2011, en el cual se me nombra **ASESOR** de Tesis del Bachiller **JULIO ROBERTO DÍAZ SONTAY,** quien se identifica con el número de Carné 9418173. Se le brindó la asesoría de su trabajo de tesis intitulada **"ANÁLISIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO REFERIDO A EMPRESAS MERCANTILES QUE COMERCIALIZAN DATOS PERSONALES";** en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

El estudiante realizó un análisis documental y jurídico en materia administrativa, penal y civil. En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, el estudiante manifestó sus capacidades en investigación, utilizando técnicas y métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.

La contribución científica oscila en la recolección de información de diferentes leyes comparadas, que será legalmente hablando de gran apoyo a todas las personas que decidan proponer iniciativas de ley; abarcó las instituciones jurídicas relacionadas a los temas desarrollados, definiciones y doctrinas, así como el marco legal de la materia, el





cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho y así cumplir con un aporte al derecho por su estudio analítico.

El estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis, y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia. Con respecto a las conclusiones y recomendaciones mi opinión es que son acordes al tema investigado y la utilización de la técnica de investigación bibliografía que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo del bachiller **JULIO ROBERTO DÍAZ SONTAY,** se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con las normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor.

LIC. LUIS EDUARDO VILLEGAS POZAS
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 8,220

Lic. Luis Eduardo Villegas Pozas
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

*Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.*



UNIDAD ASESORÌA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, ocho de marzo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **LEONEL BATRES GÁLVEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **JULIO ROBERTO DIAZ SONTAY**, Intitulado: **"ANÁLISIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO REFERIDO A EMPRESAS MERCANTILES QUE COMERCIALIZAN DATOS PERSONALES".**

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÌA DE TESIS

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA FAC. DE C.C. J.J. Y S.S. UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS GUATEMALA, C. A.

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.





LIC. LEONEL BATRES GALVEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 8,499
0 calle "D" 8-43 Zona 2 Villa Nueva
TELÉFONO. 56960866 - 50601510

Guatemala, 30 de abril de 2011

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

Me honra informarle que en cumplimiento de la resolución que fue emitida oportunamente en la cual se me nombra **REVISOR** del trabajo de tesis del Bachiller **JULIO ROBERTO DÍAZ SONTAY,** intitulado: **"ANÁLISIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO REFERIDO A EMPRESAS MERCANTILES QUE COMERCIALIZAN DATOS PERSONALES"**; procedí a la revisión del trabajo de tesis en referencia.

Realice la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción; que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla. El tema está redactada de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, al igual la utilización de derecho comparado, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

En tal virtud el contenido de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado



que el material es considerablemente actual y vanguardista, con lo cual el sustentante aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, por lo que pueden ser sometidos a su discusión y aprobación definitiva, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, las mismas son objetivas, realistas y bien delimitadas. **Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas,** defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesario. En cuanto a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE,** en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por el bachiller **JULIO ROBERTO DÍAZ SONTAY,** cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que puede ser impreso y discutido como tesis de graduación en examen público.

LIC. LEONEL BATRES GALVEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 8,499

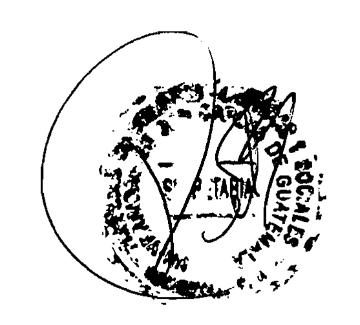
Licenciado
LEONEL BATRES GALVEZ
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

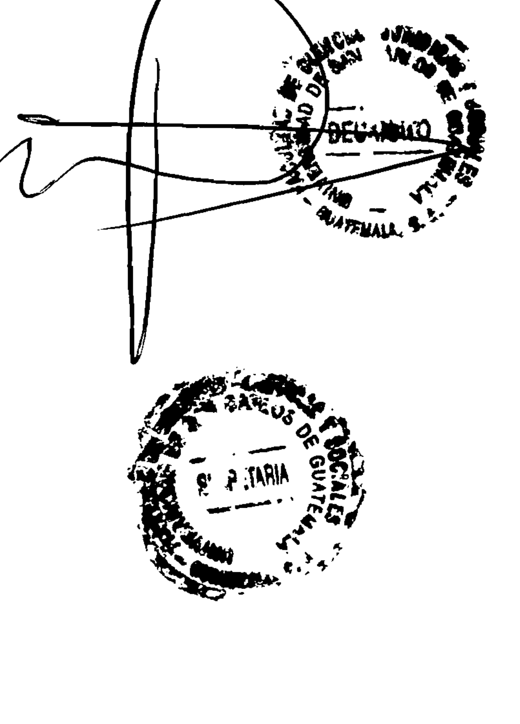
Edificio S-7, Ciudad Universitaria Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintisiete de julio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JULIO ROBERTO DÍAZ SONTAY, Titulado ANÁLISIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO REFERIDO A EMPRESAS MERCANTILES QUE COMERCIALIZAN DATOS PERSONALES. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

A DIOS: Referente de fe y guía espiritual, que con sus bendiciones me permite culminar otro paso en la vida.

A MIS PADRES: Felisa Sontay An (Licha) y Eduardo Díaz Ramirez (Guayo), que con paciencia, esfuerzo, sacrificio y educación son forjadores de lo que hoy soy. ¿Qué se puede esperar de padres responsables?, gracias por su amor incondicional; esto también es por y para ustedes.

A MIS ABUELOS: Felipe Díaz (+) y María An (+), no me cabe ninguna duda del amor brindado.

A MI ESPOSA: Evelyn Johana Valle Ochoa, con un profundo amor y agradecimiento a su apoyo y comprensión. Mi éxito también es suyo.

A MI HIJA E HIJO: Alison Mayarí y Julio Andrés, con mucho amor, por ser inspiración e impulsores de todo lo que hago.

A MIS HERMANOS: Aura, Susana (Chana), Selvin y Cesar (Tito), mi ejemplo abona al de ustedes para que sean orgullo de sus padres.

A MIS SOBRINAS: Angie y Diana, con mucho cariño y admiración.

A MIS CUÑADAS: Damaris, Sucely, Yadira, Yasmin y Roxana, mi familia sin ustedes está incompleta. Con mucho cariño, gracias por el amor y cuidado a mi hija e hijo.

A MI CUÑADO: Jhonatan, con mucho afecto.

A MI SUEGRO: Antonio Valle, con respeto y alta estima. En la vida de todo hay: enseñanzas y ejemplos.

A MIS FAMILIARES: Con aprecio.

A MIS AMIGOS: Que me han apoyado y ayudado en todo momento; son parte importante en cada etapa de mi vida.

A LOS LICENCIADOS: Edgar Armindo Castillo Ayala, Estuardo Castellanos Venegas y Wilber Navarro; gracias por el apoyo y consejos.

EN ESPECIAL A: La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, tricentenaria y estatal, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, instituciones que no solo permiten mi desarrollo profesional sino que dan al pueblo guatemalteco profesionales con alta conciencia. Que Dios me permita corresponder con tal responsabilidad.

ÍNDICE



Pág.

CAPÍTULO I

CAPÍTULO II

Pág.

CAPÍTULO III

CAPÍTULO IV

Pág.

CAPÍTULO V

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se analizó la importancia de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico guatemalteco, para establecer su utilización por la población afectada, por la venta de sus datos personales, por las empresas que realizan esta actividad comercial, así como los mecanismos y procedimientos para la protección del derecho a la intimidad, el grado de efectividad de las normas y procedimientos. En todo el desarrollo de la investigación, se analizan conceptos básicos como el catálogo de derechos, que se relacionan con el derecho a la intimidad, y se indica los procedimientos de cada institución responsable de tramitar y resolver casos, en los que se denuncia venta de datos personales, por empresas mercantiles que comercializan, con estos datos, así como el procedimiento de inscripción de estas empresas en el Registro Mercantil.

En abril de 2003, una investigación realizada por los medios de comunicación escritos, alerta a la población de la existencia de empresas mercantiles cuya principal actividad es la venta de datos personales, se indica que existen más de 10 empresas que realizan operaciones profesionales, relacionadas con servicios de investigación de personas individuales o jurídicas y los problemas legales que esta actividad conlleva. Además, se pretende demostrar que en Guatemala no existen normas que protejan de manera inmediata a las personas víctimas de comercialización de datos personales, la acción de amparo es el único procedimiento que pueden utilizar para que se les restituya su derecho, el cual resulta dilatorio y oneroso; la Ley de Acceso a la Información Pública, de reciente aprobación, establece sanciones para las personas que comercialicen datos personales, a pesar de que como sujetos obligados a cumplir la ley no se contempla a empresas privadas que se dedican a esta actividad.

Es importante conocer y demostrar los efectos que este fenómeno ocasiona en la sociedad, en especial, a las personas que presentan sus denuncias ante el Ministerio Público y la Procuraduría de los Derechos Humanos, con respecto a la violación al derecho a la Intimidad y a la comercialización de datos personales, como una actividad mercantil, información que se vende a diferentes instituciones.

El objetivo general de esta investigación fue: Determinar si en el ordenamiento jurídico guatemalteco existe una norma, que de manera pronta y efectiva garantice los derechos de las personas que han sido víctimas de comercialización de datos personales por parte de empresas privadas; y los específicos fueron: Establecer la necesidad que el derecho a la intimidad sea reconocido y regulado en una ley específica, dar a conocer que la intimidad como derecho, se manifiesta inicialmente como protección de diversos aspectos parciales de la misma (domicilio, correspondencia, datos íntimos), analizar su importancia, dado que cada vez se afectan a más personas.

Se comprobó la hipótesis, en el sentido de la comercialización de datos personales por parte de una entidad privada, sin autorización expresa del titular, vulnera la dignidad de la persona, el honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad, los cuales tienen carácter de derechos fundamentales de la persona humana y se denota la carencia de una institución encargada de velar por los derechos de las personas que han sido perjudicadas en su derecho a la intimidad. Para el desarrollo del trabajo se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, inductivo, deductivo y las técnicas de investigación utilizadas fueron la documental y la científica jurídica.

Esta tesis está contenida en cinco capítulos, de los cuales el primero tiene como propósito el estudio de los derechos humanos, la evolución de los derechos humanos en Guatemala, características de los derechos humanos, los derechos que se relacionan con el derecho a la intimidad; en el segundo, se estudia la intimidad, el origen de la intimidad, características de la intimidad, la intimidad como derecho fundamental; en el tercero se trata lo relacionado a la legislación, que regula el derecho a la intimidad, la legislación de aplicación universal, legislación de aplicación interna y la ley de acceso a la información pública; el cuarto capítulo, versa en la legislación comparada relacionada con el derecho a la intimidad, Constitución Política de Argentina, Constitución Política de los Estados Unidos de América; y el quinto capítulo, está dirigido a describir las empresas mercantiles que comercializan datos personales a diferentes entidades privadas o estatales, instituciones del Estado, que autorizan su funcionamiento, instituciones que por mandato constitucional deben proteger el derecho a la intimidad.

CAPÍTULO I



1. Derechos humanos

1.1. Definición de los derechos humanos

Se plantearán tres posiciones o escuelas del derecho que introducen a la concepción de dicho término. La teoría ius naturalista racionalista, el autor Truyol Serra Antonio, lo define como "derechos inherentes al ser humano que el estado protege a través de sus instituciones como derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad y que no nacen de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados."[1]

El tratadista Peces-Barba Gregorio, menciona que es "la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad a su participación política y social o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás, del conglomerado social y especialmente del estado, con posibilidades de poner en marcha el aparato coactivo del estado en caso de infracción."[2]

El autor Luño Antonio, indica que "en relación a la fundamentación histórica de los derechos humanos que son variables y relativos, se basa en las necesidades humanas y no en la naturaleza humana y en la posibilidad de satisfacerlos dentro de la sociedad, según su perspectiva los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad,

---

[1] Truyol Serra, Antonio. **Los derechos humanos.** Pág. 6.
[2] Peces-Barba, Gregorio. **Derechos fundamentales.** Pág. 27.

la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidos positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional."[3]

1.2. Evolución de los derechos humanos en Guatemala

Al respecto hace referencia Balsells Tojo Alfredo, que: "Guatemala sufrió la influencia liberal de los derechos humanos durante la colonia, es así como en las instrucciones que Peynado lleva a las Cortes de Cádiz, se incluye una copia de la declaración del hombre y ciudadano de Francia, esta se considera la primera propuesta en América Latina, en ella se refleja el deseo de poner un freno al abuso monárquico, planteando en el ámbito político reglas mínimas favorables al ser humano."[4]

Continúa Balsells Tojo mencionando sobre este aspecto, "los esfuerzos por democratizar el gobierno de la península y sus colonias fracasa con la reinstauración de Fernando VII en la corona española, en mayo de 1814 el General Eugia, por orden del rey disuelve las cortes y ordena el arresto de los diputados entre ellos Larrazábal éstos acontecimientos de Cádiz y las luchas independentistas en Estados Unidos de América y México, crearon un movimiento emancipador en Guatemala, las clases dominantes tenían el temor que al constituirse en república después de la independencia de 1821, perdieran los beneficios que la colonia, la encomienda y el repartimiento les producían la riqueza fundada en la explotación de los pobres. El Congreso de Centroamérica se instala y emite Decreto del 1 de julio de 1823, el cual ratifica la independencia de Centroamérica de cualquier Estado."[5]

---

[3] Pérez Luño, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Pág. 48.
[4] Balsells Tojo, Alfredo. **Los derechos humanos en nuestro constitucionalismo.** Pág. 166.
[5] **Ibíd.**

Asimismo, Murguerza Javier y otros autores, sostienen que "el 2 de diciembre de 1823, el Congreso de Centroamérica se transformó en Asamblea Nacional Constituyente y el 22 de febrero se aprueba la Constitución Federal bajo la influencia del racionalismo francés, que fundamenta los derechos humanos en los derechos naturales e inherentes a todos los seres humanos, perpetuos, inmutables que se protegen por si mismos sin necesidad de regulación congregados en asamblea nacional constituyente, los representantes del pueblo de Centroamérica, cumpliendo con sus deseos y en uso de sus soberanos derechos decretan la constitución para promover su felicidad, sostenerla en el mayor goce posible de sus facultades, afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, establecer el orden público y formar una perfecta federación."[6]

El autor Pérez Luño Antonio, manifiesta que: "El 11 de octubre de 1825 se sanciona la primera Constitución, en su Artículo 20 establece los derechos del hombre en sociedad son la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, esto les permitió garantizar los derechos humanos, y en esta carta magna se establecen una serie de garantías para hacer efectivos estos derechos, entre los que se menciona ningún hombre puede ser vendido, no existen distinciones sociales, todos los ciudadanos son admisibles a los empleos todos los habitantes están obligados a obedecer y respetar la ley, a nadie puede impedírsele la libertad de decir, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos sin que pueda sujetarse en ningún caso, ni por pretexto alguno examen ni censura, ninguno está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni puede impedírsele lo que no prohíbe, todos los habitantes deben ser protegidos en el goce de su vida, su reputación, libertad, seguridad y propiedad."[7]

---

[6] Murguerza, Javier y otros autores. **El fundamento de los derechos humanos.** Pág. 71.
[7] Pérez Luño, Antonio Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 111.

En esta constitución ya se garantiza el derecho que los guatemaltecos tienen a ser protegidos, lo que con los avances tecnológicos en el mundo globalizado se está vulnerando sin el control efectivo de las instituciones responsables.

Truyol Serra Antonio, indica: "En la Constitución de 1921 en su título IV Articulo 32 se garantiza a los habitantes de la República de Centroamérica la vida, la honra, la seguridad individual, la libertad, la propiedad, la igualdad ante la ley y el derecho de defensa. En febrero de 1946 la Asamblea Nacional Constituyente decreta una nueva Constitución la que en su título IV regula específicamente en el Artículo 40 que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, y suprime el principio de que el interés social prevalece sobre el individual."[8]

Como se puede establecer aunque el derecho a la intimidad no se encuentre de manera tacita, a través de la historia se ha protegido este derecho, para que los ciudadanos y ciudadanas puedan disfrutar de manera integral de todos sus derechos y alcanzar el bien supremo que conlleve al disfrute de una vida digna.

1.3. Características de los derechos humanos

Para facilitar la comprensión del significado de los derechos humanos, el tratadista Balsells Tojo Alfredo, hace referencia que "algunas características que los describen, como universales, incondicionales, inherentes o innatos, progresivos, transnacionales, exigibles, inalienables, interdependientes, y que evolucionan en el tiempo, la situación cultural, y son especialmente luchas que los diferentes movimientos sociales a través de la historia han alcanzado, por lo que estos derechos deben ser garantizados por los estados por medio de normas efectivas el derecho al honor, a la intimidad, a la

[8] Truyol Serra, Antonio Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 39.

dignidad, a la privacidad.”[9] Estos derechos poseen las características mencionadas anteriormente, las cuales Balsells Tojo indica que “se pueden definir como:

a) Son derechos universales

Pertenecen a todas las personas por igual en todo tiempo y lugar se aplican a todos los seres humanos, sin ningún tipo de discriminación, por sexo, edad, religión, posición social o económica, nacionalidad, ideas políticas.

b) Son derechos incondicionales

Están sujetos solo a los lineamientos y procedimientos que determinan los límites de los propios derechos, es decir, hasta donde inician los derechos de los demás.

c) Son derechos originarios e innatos

La persona ya nace con ellos, son poseedores de estos derechos, se generan a raíz de la misma naturaleza humana.

d) Son derechos progresivos

Evolucionan, van cambiando, adquieren nuevos contenidos, conforme las sociedades se transforman, de acuerdo a las necesidades, a la realidad social, está característica demuestra como las sociedades a través de sus luchas han logrado la inclusión de otros derechos en el catálogo de derechos humanos.

[9] Balsells Tojo, Alfredo. **Los derechos humanos en nuestro constitucionalismo.** Pág. 145.

e) Son derechos transnacionales

Trascienden fronteras, son aplicables en cualquier territorio, el ser humano es portador de estos derechos.

f) Son derechos exigibles

Los seres humanos tienen la libertad para exigir su cumplimiento, deben ser respetados por los estados a través de sus instituciones, si son vulnerados deben ser restituidos.

g) Son derechos absolutos

Esto es, que poseen una posibilidad alegatoria erga omnes, es decir ante cualquiera. Sin embargo, esta característica no quiere decir que sean ilimitados sino que limitarán las libertades de expresión, cuando este último derecho atente contra los Derechos Humanos

h) Son derechos extrapatrimoniales

Es decir, que sobre ellos es imposible hacer negocio jurídico alguno. Quedan aquí englobados la irrenunciabilidad y la indisponibilidad de los mismos.

i) Son derechos irrenunciables

Las personas no pueden renunciar a sus derechos humanos.

j) Son derechos inembargables e inexpropiables

Por tanto, son inherentes e individuales, no se pueden transferir entre personas.

k) Son imprescriptibles



Por su propia naturaleza de derechos de la personalidad.

l) Son interdependientes

Se relacionan unos con otros, no puede garantizarse un derecho sin proteger de manera integral la totalidad de los derechos, en el presente tema de investigación, al hacer el análisis de las denuncias presentadas por las personas afectadas, por el abuso de comercialización de sus datos personales, se evidencia que se les violenta un derecho y se entrelazan otros derechos, que no pueden subsistir sin la relación con los demás."[10]

Sin embargo, cabe remarcar que el derecho a la intimidad no dejaría de serlo si trasciende de la esfera privada, pues existe el secreto por voluntad expresa del individuo.

1.4. Derechos que se relacionan con el derecho a la intimidad

En relación al presente tema, Pérez Luño Antonio E., hace todo un estudio en el que indica que "la Constitución Española de 1978 ha elevado a rango fundamental el reconocimiento y la tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Con ello nuestro ordenamiento jurídico, en la cúspide de su jerarquía normativa, se hace eco de una inquietud presente en los sistemas más evolucionados del derecho comparado. Es notorio que las legislaciones más sensibles a la defensa de las libertades han intentado ofrecer una respuesta jurídica eficaz, a una de las

[10] **Ibíd.** Pág. 157.

exigencias más acuciantes que hoy gravita sobre la sociedad tecnológicamente avanzada: el respeto a la intimidad.

No en vano encuestas llevadas a cabo en algunos países con alto grado de desarrollo revelan que la opinión pública sitúa el respeto a la vida privada en un lugar prioritario dentro de sus aspiraciones a la protección de los derechos humanos."[11]

1.4.1. Derecho humano a la intimidad

El derecho a la intimidad o a la vida privada, se trata de un derecho personalísimo de amplio contenido y de manifestaciones sumamente variadas, algunos autores, conciben este derecho como la facultad que tiene todo ser humano a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida, sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella.

Se concibe además como el fuero íntimo, del que muchas acciones de las que los terceros se informan, en el presente caso las empresas mercantiles, que comercializan datos personales, que pertenecen a la intimidad, a la vida familiar, afectiva o intima, situación económica, la vida profesional, creencias y convicciones religiosas o políticas.

El derecho a la intimidad se refiere Cabezuelo Arenas Ana Laura, "se le llama al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha

[11] Pérez Luño, Antonio Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 317.

intimidad, sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o porque han trascendido al dominio de la opinión pública."[12]

1.4.2. Derecho humano a la dignidad

Este derecho se encuentra relacionado con el respeto a la persona humana, la honra la reputación, además la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente, por la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás y de la otredad (el respeto que yo debo a las otras u otros).

1.4.3. Derecho a la privacidad

El término privacidad según Cabanellas Guillermo, "constituye un bien jurídico con proyección social, que enuncia el ejercicio de la libertad humana y, asimismo, impone un límite en la interrelación social. Tal acepción no encuentra una correlación exacta en nuestro derecho por cuanto se ha optado por el empleo genérico de este neologismo."[13] Hablar de privacidad no permite discriminar entre la intimidad propiamente dicha y la vida privada, elementos conceptualmente distintos para el derecho norteamericano que tomáramos como ejemplo.

Hablar de privacidad implica la nada agradable tarea de comenzar a definir un concepto que "a priori" no ha sido acuñado por vocablo alguno. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no hace referencia alguna al término privacidad no obstante, su sola mención ha de remitirnos necesariamente a la idea de intimidad, o bien, de vida privada.

---

[12] Cabezuelo Arenas, Ana Laura. **Derecho a la intimidad.** Pág. 78.
[13] Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho elemental.** Pág. 547.

El avance indiscriminado de la prensa sobre la vida privada de los ciudadanos, el avance tecnológico actual, que ha disparado exponencialmente las posibilidades de acceder y disponer de información de cualquier naturaleza, conlleva el potencial peligro de exacerbar la incidencia de tales medios sobre el derecho a la intimidad de las personas.

Es aquí donde se encuentra el punto de conflicto que sirve de base para la presente investigación, pues se advertirá que todos los ordenamientos legales que se describirán han mantenido el rango constitucional, de derecho fundamental si se quiere, respecto de la preeminencia del derecho a la intimidad sobre la libertad de informar o informarse.

Se pretende arribar a conclusiones que permitan deducir del contexto internacional y el estudio comparativo de sus legislaciones de fondo, reglas comunes para el tratamiento de distintas cuestiones que hacen al pleno ejercicio de esta libertad individual en confrontación con el derecho a disponer de la información, aún cuando ella involucre los denominados datos sensibles. No es posible apartarse en consecuencia del entorno fáctico en el que han de ser analizados estos fenómenos, es decir, el universo de posibilidades que nacen del tratamiento automatizado de información.

El derecho a la privacidad versus derecho a la información, a partir de ello se abre una enorme gama de conductas humanas que confrontan en el terreno de los derechos subjetivos y que su tratamiento en la era de la información merece especial atención, especialmente en un planeta digitalizado, donde el mercado tiene preeminencia.

Numerosas publicaciones consultadas al respecto, demuestran el marcado interés en exaltar la importancia de proteger a los individuos de las injerencias de los estados, sobre el uso de internet, al igual que sucediera al reconocerse, primigeniamente, la

supremacía del derecho a la intimidad frente a las intromisiones de la prensa escrita. La apertura mundial de la red, que en sus orígenes fuera un lugar de privilegio para pocas personas, poner al alcance de la mano de millones de usuarios, asombrosas cantidades de información, en grado tal que ésta ha adquirido status de bien jurídico susceptible de tutela legal. Pero, por otra parte, permitió que la masiva disposición de este valioso bien pudiera ser fácilmente recopilada, vendida o utilizada como medio de control de los propios usuarios.

Es allí donde se advierte el problema que nos convoca, por una parte el innegable derecho de preservar la privacidad de quienes utilizan estos medios de comunicación, el no menos importante derecho de aquellos que requieren obtener y utilizar información fiel sin que ello implique la afectación de las esferas intimas y, finalmente, el controvertido principio que parece convertirse en rector de los vínculos entre los individuos y la red global: el anonimato.

1.4.4. Derecho al buen nombre

En cuanto a este derecho no existe una definición precisa, pero se infiere que es uno de los valores que los seres humanos protegen aunque no esté explícitamente regulado como derecho humanos, si lo encontramos en las códigos civiles de las diferentes regulaciones del mundo, y en tratados y convenciones como la convención sobre los derechos del niño.

Para los seres humanos el nombre es su historia personal, y los hace ser únicos e irrepetibles, la connotación que este valor posee, es de máximo arraigo debido a que es parte de nuestra naturaleza, proteger nuestro nombre de cualquier situación que atente contra el honor, la dignidad de nuestra familia, y que pueda alterar nuestra reputación,

en nuestras relaciones con el mundo social, laboral, en que nos desarrollamos, es una de las herencias que se transmite de generación en generación, debido a ello los seres humanos preservan este bien jurídico, de cualquier intromisión que puede afectarlo o restar credibilidad.

CAPÍTULO II

2. La intimidad

Aun cuando esta claro, que los seres humanos somos criaturas sociales, que requerimos de la convivencia e interacción con otros para satisfacer nuestras necesidades, esto no significa que nos entreguemos totalmente a la vida social, exponiéndonos ilimitadamente a los demás.

El jurista guatemalteco Pineda Sandoval Melvin, hace referencia que "se ha sostenido que toda persona tiene un anillo exterior, o ámbito social, en el cual la regla es que todos los demás pueden ingresar en forma más o menos irrestricta. En este anillo exterior nos movemos diariamente en nuestras relaciones con los demás, en el trabajo, en la calle, en los establecimientos comerciales."[14]

Este ámbito social permite que no solamente las personas que conocemos poco sino incluso los más perfectos desconocidos puedan dirigirse a nosotros en el transcurso de nuestras labores y actividades públicas, un ejemplo de ello es la persona que se acerca a otra para preguntarle la hora, el cliente y cajero en un banco o supermercado.

Pero, correlativamente, cada persona también necesita reservarse un espacio o anillo interior, que se conoce como ámbito de intimidad, en el que la regla se invierte: de él están excluidos todos a quienes no hayamos otorgado la posibilidad de ingreso. El grupo de personas que se mueve en ese espacio interno suele estar restringido a los familiares y a las amistades íntimas.

[14] Pineda Sandoval, Melvin. **Fundamentos de derecho.** Pág. 198.

2.1. Definición

El jurista Cabanellas Guillermo, en su sentido más general comenta que "el derecho a la intimidad puede ser definido como aquel derecho humano por virtud del cual la persona individual, tiene el poder de excluir a las demás personas del conocimiento de su vida personal, sentimientos, emociones, datos biográficos, personales e imagen, determinando en qué medida esas dimensiones de la vida personal pueden ser legítimamente comunicados a otros."[15]

2.2. El fenómeno, la idea, el derecho

La autora Cabezuelo Arenas Ana Laura, "la intimidad puede ser contemplada desde una triple perspectiva: como fenómeno (factor socio-económico), como idea (factor cultural) y como derecho (factor político- jurídico). Las tres perspectivas son necesarias para un estudio de este tipo, pero no son sincrónicas, puede darse la intimidad como fenómeno y no hallarse ni en la idea ni en el derecho a la intimidad. Puede encontrarse la intimidad como fenómeno y como idea y aún no estar formulada como derecho, y finalmente puede producirse una situación en la que la intimidad aparezca como fenómeno, idea y derecho, y en todos los casos la intensidad de las tres perspectivas puede variar."[16]

- **La intimidad como fenómeno:** Esto ha sido estudiado brillantemente por Ortega y Gasset, dicho autor, establece "una topología de la intimidad, distinguiendo en la misma las esferas de la vitalidad, el alma y el espíritu señala que la intimidad es un fenómeno, un hecho, no una hipótesis metafísica."[17]

---

[15] Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Pág. 219.
[16] Cabezuelo Arenas, Ana Laura. **Ob. Cit.** Pág. 107.
[17] Ortega y Gasset, José. **Vitalidad, alma, espíritu en el espectador.** Pág. 84.

Esta tesis de Ortega apareció avalada por numerosas autoridades antropológicas, entre ellas Westin, Alan F., quien fundado en un sólido aparato antropológico afirma que: "Ciertos aspectos de la intimidad se encuentran prácticamente en todas las sociedades humanas del pasado o del presente, admite que se pueden encontrar múltiples ejemplos de sociedades primitivas y modernas que no aceptan normas sobre la intimidad del tipo existente en Estados Unidos de América.

Esto no prueba que no haya necesidad universal de intimidad, ni procesos universales de ajuste entre la intimidad, el desvelamiento y la vigilancia en todas las sociedades. Esos ejemplos solo sugieren que cada sociedad debe ser estudiada en sus propios términos, debiendo enfocarse las costumbres sociales para ver si hay normas sobre la intimidad que sean designadas con otras palabras, debiendo reconocerse la dificultad de las comparaciones inter-culturales. El análisis debe reconocer el hecho de que hay medios psicológicos para alcanzar la intimidad para el individuo o la familia, así como arreglos físicos, medios que son cruciales en aquellas sociedades donde la vida comunal hace imposible la soledad o la intimidad dentro de las áreas en la que se desarrolla la vida del grupo."[18]

Westin llega incluso a aducir "experiencias zoológicas, relacionadas principalmente con el instinto de territorialidad, de las que podría extraerse la existencia del fenómeno de la intimidad incluso en el reino animal."[19] En consecuencia, puede decirse que la intimidad como fenómeno y manifestada por medios psicológicos o físicos es observable en cualquier sociedad.

[18] Westin, Alan F. **Privacidad y libertad**. Pág. 12.
[19] **Ibíd.** Pág. 8.

- **La intimidad como idea:** Los hombres pueden estar realizando actos que traducen un ejercicio de la intimidad, pero eso no significa que hayan tomado conciencia de la misma. De alguna manera, y en la medida en que está presente en todas las sociedades humanas, la intimidad es un instinto. La forma de conciencia sobre la intimidad, no se encuentra en todas las sociedades, y aún en las sociedades en que se encuentra, el grado de teorización puede variar.

  Puede decirse que es en la civilización occidental donde la idea de intimidad alcanza su máximo desarrollo especulativo. Sea como fuere, allí donde no solo se encuentra el fenómeno de la intimidad, sino también su idea, la intimidad alcanza desarrollos desconocidos en las culturas que no la han acogido.

- **La intimidad como derecho:** Es difícil hablar de la intimidad como derecho allí donde previamente no ha sido teorizada. Sin este previo sustrato conceptual, el reconocimiento jurídico de la misma es más improbable, aunque no necesariamente imposible, pues pueden encontrarse normas protectoras de esferas de intimidad allí donde no se ha especulado sobre la misma, ejemplo de lo cual serían ciertas normas protectoras, entre ellas de la inviolabilidad del domicilio. Allí se pretende fundamentalmente hablar de la intimidad como derecho, pero ella requerirá en algunos momentos atender al fenómeno o a la idea de intimidad para comprender mejor su aspecto jurídico.

2.3. Lo privado o lo íntimo

En la legislación en general (derecho comparado), íntimo y privado aparecen como sinónimos, si bien como se verá no son términos equivalentes. Lo privado es, aquello restringido, dominio de unos pocos, referido a lo doméstico y familiar, de aquellos

asuntos del sujeto, que no necesariamente deben ser divulgados. Es el derecho fundamental de la personalidad consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. Villanueva, Ernesto menciona que: "El derecho a la privacidad se caracteriza de la siguiente manera:

- **Es un derecho esencial del individuo.** Se trata de un derecho inherente de la persona con independencia del sistema jurídico particular o contenido normativo bajo el cual está tutelado por el derecho positivo.

- **Es un derecho extrapatrimonial.** Se trata de un derecho que no se puede comerciar o intercambiar, como los derechos de crédito, habida cuenta que forma parte de la personalidad del individuo, razón por la cual es intransmisible e irrenunciable, y;

- **Es un derecho imprescriptible e inembargable.** El derecho a la privacidad ha dejado de ser sólo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo, en virtud del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas.[20]

Tan relevante es la preservación de este derecho que se ha consignado en el Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia,

[20] Villanueva, Ernesto. **Derecho de la información**. Pág. 233.

ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Pérez Luño Antonio Enrique, establece que: "Lo intimo, tiene su origen en el fuero interno del individuo, no en la dimensión o el alcance de sus relaciones sociales. El término viene de intimus, superlativo latino que significa lo más interior (derivado de intus, interior). La intimidad corresponde al ámbito psicológico e inconmensurable del individuo, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas."[21]

Lo íntimo está aún más afuera del alcance del interés público que lo privado. González Gaitano, Norberto, señala: "Cuatro razones que justifican la distinción entre privacidad e intimidad:

1) Sólo las personas físicas gozan de intimidad; las personas jurídicas y las instituciones, no.

2) La intimidad requiere el consentimiento para participar de ella sin que se destruya. Requiere siempre del consentimiento libre del sujeto para hacer partícipe a otros. Conocer y difundir la intimidad de una persona contra su voluntad comporta automáticamente su destrucción.

3) La intimidad implica el respeto a la libertad de las personas, pues su existencia, conocimiento y difusión ocurre sólo por donación, la cual es siempre libre y voluntaria, como en el caso de la amistad y el amor.

---

[21] Pérez Luño, Antonio Enrique. **La intimidad en la sociedad informatizada en derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Pág. 51.

4) La intimidad tiene un valor absoluto, incuestionable e inviolable, lo que se refleja en ciertos derechos como la libertad de pensamiento o doctrinas como la objeción de conciencia que no pueden ser objeto de mandatos judiciales."[22]

Otros autores como por ejemplo: Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D., diferencia el concepto de intimidad del de privacidad, definiendo a la intimidad como: "La esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de tercero, y la privacidad es: la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos."[23] Pérez Luño, Antonio Enrique manifiesta por su parte que: "Privacidad e intimidad integran una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, irreducible para la intromisión de los restantes habitantes y el poder público. "[24]

Por su parte Puig Peña Federico, define a la intimidad como: "la antítesis de lo público, y por lo tanto, todas aquellas circunstancias relativas al hogar, la familia, la religión, la salud, la sexualidad, los asuntos legales y económicos personales del individuo."[25]

2.4. El origen de la intimidad

En torno al problema del origen de la intimidad se han formulado dos teorías contrapuestas. La primera podría llamarse racionalista pues sitúa el alba de este derecho en el periodo del racionalismo y de la ilustración en conexión con el ascenso de la burguesía. La segunda podría calificarse de histórica en la medida en que, aparte de ser sostenida por meritorios historiadores, se remonta más atrás en la historia para buscar el origen de este concepto.

---

[22] González Gaitano, Norberto. **El deber de respeto de la intimidad en la información.** Pág. 211.
[23] Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D. **Los derechos a la privacidad.** Pág. 103.
[24] Pérez Luño, Antonio Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 315.
[25] Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 418.

2.4.1. Teoría racionalista

Esta teoría tiene en el autor Pérez Luño a su más capacitado representante, este autor afirma que: "es tras la Revolución Francesa cuando se inicia el proceso de positivación de los derechos naturales, bajo la fórmula moderna de los derechos subjetivos pretendiéndose así, elaborar un instrumento técnico para la protección de los intereses patrimoniales de los particulares, y, en especial, de la propiedad. Por ello, en su opinión si se atiende a su origen histórico resulta indiscutible que la aparición del concepto de intimidad se halla estrechamente ligada al nacimiento de la burguesía."[26]

Continúa Manifestando el jurista Pérez Luño "no comparte la tesis de Truyol y de Villanueva que vinculan la aparición de la noción de intimidad al fenómeno del cristianismo, y, en particular, a San Agustín. El profesor de Sevilla estima esa afirmación correcta si se entiende la intimidad como auto consecuencia de la subjetividad, pero no si se la considera en su proyección jurídica, como un conjunto de poderes o facultades atribuidas a su titular."[27]

De este texto parece que podría desprenderse la distinción entre la intimidad como idea y como derecho, cada una con un desarrollo propio. Desgraciadamente, el ilustre profesor sevillano parece contradecir esta tesis con su afirmación anterior de que la aparición del concepto de intimidad se halla estrechamente ligada al nacimiento de la burguesía. Por lo que, en su opinión, tanto la idea como el derecho a la intimidad surgen con la burguesía capitalista.

[26] Pérez Luño, Antonio Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 319.
[27] **Ibíd.**

Para Pérez Luño, "la intimidad aparece cuando se disgrega la sociedad feudal, configurando la intimidad, como la aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos; de ahí que los caracteres, que desde sus inicios van conformando la idea moderna de intimidad se hallen estrechamente vinculados a las necesidades y a la propia ideología de la clase social que la reclama."[28]

De este modo la propiedad es la condición para acceder a la intimidad y la idea burguesa de intimidad está pensada para su disfrute por grupos selectos sin que, en consecuencia, exista una inquietud para hacerla llegar a los estratos más humildes de la población. Por ello, el nacimiento de la intimidad, que cronológicamente coincide con la afirmación revolucionaria de los derechos del hombre, no supuso en la sociedad burguesa la realización de una exigencia natural de todos los hombres, sino la consagración del privilegio de una clase.

Esta posición es seguida también por Serrano Alberca, Berlin y Béjar para quienes el nacimiento de la idea de privacidad se remonta al Renacimiento, tomando su sentido actual durante la Reforma a través de la noción de fuero interno.

2.4.2. Teoría histórica

Esta teoría se apoya en los datos históricos para formular otras tesis, hay dos líneas básicas argumentativas. La primera línea versa en torno a la propiedad, en concreto, por lo que hace a la conexión intimidad-propiedad burguesa se han formulado varias precisiones a la teoría racionalista. Westin, indica que "con base en datos zoológicos llega a hablar incluso de intimidad en el reino animal conectándola con el instinto de territorialidad de indudable parentesco con la noción de propiedad. En la medida en

[28] **Ibíd.** Pág. 336.

que el instinto de territorialidad aparece también en el ser humano, traduciéndose generalmente en propiedad, puede afirmarse que la propiedad no nace con la burguesía, sino más bien con el hombre."[29]

Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D. en su trabajo fundamental apuntan, "la conexión intimidad- propiedad establecida en cierta jurisprudencia dentro del Common Law anterior a su trabajo (1890). Ahora bien, critican la insuficiencia de esta conexión entendiendo propiedad en sentido estricto. En su opinión, la propiedad a que se alude en derechos como la intimidad, o la prohibición de encarcelamientos arbitrarios tiene escaso parecido con lo que se comprende ordinariamente bajo el término propiedad. Por lo demás, propiedad en sentido estricto es aquello que pertenece exclusivamente a uno, si bien etimológicamente deriva de proprius que es lo propio de uno, significado más amplio que el técnico-jurídico de propiedad."[30]

Desde este punto de vista amplio sí cabria hablar de una conexión propiedad- intimidad, pero no entendiendo propiedad como una noción burguesa, sino más bien como una noción antropológica en la línea de Westin. De ahí que no pueda extrañar la afirmación de que sólo el derecho de propiedad en su más amplio sentido, incluyendo toda posesión, todos los derechos y privilegios y, por tanto, comprendiendo el derecho a la inviolabilidad de la persona, proporciona la amplia base sobre la que puede descansar la protección que el individuo demanda.

La segunda línea argumental de esta teoría trata del propio origen del fenómeno, la idea y el derecho a la intimidad. Con el manejo de datos históricos, antropológicos y filosóficos, ubica el origen de la intimidad en distinto lugar de la corriente racionalista.

[29] Westin, Alan F. **Ob. Cit.** Pág. 152.
[30] Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D. **Ob. Cit.** Pág. 206.

Se considera que el fenómeno de la intimidad aparece en todas las sociedades humanas, pude incluso decirse que es un fenómeno que tiene una vertiente natural y una vertiente histórica, pues el fenómeno siempre presente varía en su concreta conformación en las diferentes sociedades.

La idea de intimidad, por su parte, tiene un preciso desarrollo histórico, y finalmente, algo parecido sucede con el derecho a la intimidad. La intimidad como derecho también ha experimentado una evolución histórica, no teniendo siempre idéntica configuración, la técnica moderna del derecho subjetivo, o del derecho público subjetivo no siempre ha sido conocida, pero ello no excluye que en otras épocas se haya dispensado a la intimidad una protección jurídica con los instrumentos entonces existentes.

2.5. El desarrollo histórico de la intimidad

Si bien es cierto, rasgos básicos de la intimidad, se encuentran en todas las sociedades, el grado o la conformación concreta de la misma son variables. Puede decirse que la protección de la intimidad en los pueblos primitivos es menor o cuando menos distinta de la que es usual en nuestros días. Krabbe Hugo, se refiere a que: "Ello permite entender en la sociedad primitiva, que el incentivo individual esté muy circunscrito. Los hombres, en esta sociedad se hallan muy cerca del molde común de la raza, andan por caminos predeterminados, el individuo no se dirige a sí mismo en ninguna de las preocupaciones importantes de su vida."[31]

No tiene ni capacidad para la libertad ni la sanción de protección de la misma, la vida entera de los pueblos primitivos se guía por las costumbres. Hay un modo correcto,

[31] Krabbe, Hugo. **La idea moderna de intimidad.** Pág. 131.



solo uno, de hacer cada cosa, el individuo se halla sumido en el grupo sin una reverencia propia importante.

Continúa haciendo referencia Krabbe Hugo, "algo similar ocurrió en los pueblos orientales, en los que faltaba una cierta libertad espiritual, una libertad de espíritu que es una condición indispensable para poder ejercer una crítica sobre las diversas manifestaciones de la vida social. Esta vida social en el antiguo Oriente sufría el peso de las costumbres y de los comportamientos fijados, a los que se consideraba impuestos por potencias superiores, de suerte que ni en el terreno social, político y religioso surgieron cuestiones sobre la razón y el valor de las instituciones. Cuando el espíritu está sujeto a fuerzas exteriores, impide el desarrollo del mundo de la vida intima, siendo la teocracia la que predomina, ya sea bajo la forma de la deificación del rey, o de un control del rey por una casta sacerdotal que en realidad sea la que gobierne."[32]

Cabezuelo Arenas Ana Laura, hace mención al respecto y cita: "Un ejemplo de esto lo ofrece Montesquieu al hablar de la antigua religión de Formosa, la cual no permitía a las mujeres traer hijos al mundo hasta los 35 años, es decir, que si una mujer engendraba un hijo antes de esa edad una sacerdotisa la hacía abortar. La subordinación de lo público de cuestiones tan íntimas pone de relieve el escaso aprecio a la intimidad en este pueblo. Por lo demás, esta vieja normativa no difiere mucho ni en los fines ni en los medios de las actuales leyes de la República Popular China que sólo permiten un hijo a los matrimonios, evitando el nacimiento del segundo por todos los medios.[33]

---

[32] **Ibíd.**
[33] Cabezuelo Arenas, Ana Laura. **Ob. Cit.** Pág. 243.

a) Grecia antigua

Según Ortega y Gasset, José, "los estudiosos de la Grecia antigua han puesto de relieve que si hay un trazo característico de la idea de Estado de los griegos, ese trazo es el valor ilimitado que se atribuye a la comunidad, valor de tal magnitud que la existencia de una esfera reservada a la vida propiamente personal del ser humano, estaba en principio excluida. Apenas hay algún terreno de la vida que no le está vedado, el individuo apenas posee una vida espiritual propia y su intimidad se manifiesta en los resquicios que deja lo público."[34]

La idea griega del Estado tiene en común con la concepción oriental, arriba examinada, la sumisión completa del individuo al Estado; en los países de oriente, esta sumisión descansaba en una dominación ejercida por una potencia exterior, mientras que en Grecia tal dominación proviene de una participación natural del hombre en la comunidad. El Estado no es una potencia frente al pueblo, sino que el Estado es el pueblo mismo, considerado en su organización política.

La idea de la ciudadanía en Grecia era algo distinta a de la de Guatemala, comenta Cabezuelo Arenas, "en Grecia todas las actividades de un hombre estaban unidas de modo muy fuerte con su ciudadanía, ya que su religión era la religión del Estado y su arte era, en gran parte, arte cívico. Tan imposible era para ellos un espíritu ajeno al Estado como un Estado ajeno al espíritu, no podía haber una separación tajante entre esos problemas."[35]

Lo que el Estado proporciona a sus ciudadanos no es tanto libertad y protección cuanto una vida. Para el autor Sabine, George H., "la sociedad griega puede ser considerada

[34] Ortega y Gasset, José. **Socialización del hombre en el espectador.** Pág. 222.
[35] Cabezuelo Arenas, Ana Laura. **Ob. Cit.** Pág. 251.

como una camaradería total cuyo aspecto tiránico se revela particularmente en ciertas formas de acusación a las que estaban expuestos el estadista, el innovador e incluso el artista. Una de las más peligrosas era la acusación de impiedad de la que fue víctima Eurípides porque un personaje de su obra Hyppolyttus decía: mi lengua ha jurado; mi corazón permanece sin juramentar. La frase de Eurípides contenía una afirmación inicial de intimidad, proclamando al corazón como inmune a cualquier coacción exterior. Pero esto era algo impío entonces, como lo indica Sabine, en Eurípides se muestra el conflicto entre el mundo político y el mundo privado o íntimo."[36]

Indica Ortega y Gasset José, "como se ha demostrado, los héroes homéricos y los del propio Esquilo no poseen realmente un -yo- auténticamente privado equivalente al nuestro, su yo no está cerrado sobre sí mismo. Los héroes de Esquilo no se sienten responsables ante sí mismos, sino ante otros: dioses, reyes, familia, ciudad. Es un -Prometeo- donde surge la obstinación del personaje, empeñado en actuar por sí mismo. En la tragedia de Sófocles la conciencia del héroe ya no es el lugar abierto donde la divinidad puede entrar y salir.

La consideración del hombre zoon politikon, significaba que la conciencia antropológica del hombre griego era una autoconciencia del hombre como ser primordialmente social, no como ser personal. El yo no es un yo, para los griegos, no es un centro autónomo de intimidad y de vida, sino qua era una parte de la naturaleza cósmica o de la totalidad social. Esto se aprecia al considerar el significado que tenía entonces la palabra -prosopon- de donde deriva nuestra palabra -persona-. Si para nosotros persona es el sujeto humano como intimidad y como fin en sí, para ellos prosopon es la máscara, lo

[36] Sabine, George H. **Historia de la teoría política.** Pág. 58.

que impersonaliza al comediante, este concepto designaba la esencia auténtica del griego: su exterioridad, su ser social."[37]

Esta noción griega de la ciudadanía, dice Krabbe, Hugo, "ha afectado de modo adverso a la asociación primaria de la familia, así puede verse que Aristófanes en el "Symposium" dice que muchos no se inclinaban de forma natural a casarse y a engendrar niños si al fin y al cabo ellos hacían eso sólo por obediencia a la ley."[38]

En otro pasaje el filósofo macedonio observa que como las revoluciones se originan también a través de la vida privada, debe crearse una magistratura que vigile a los que no se hallan en armonía con el régimen, con la democracia si se trata de democracia, con la oligarquía si se trata de una oligarquía.

- **La crisis de la Polis**

Hace referencia al respecto Sabine, George H. e indica: "Tanto Platón como Aristóteles consideraron a la polis como autárquica, como autosuficiente para proporcionar la felicidad de sus súbditos, sin embargo, las continuas luchas entre las polis acabaron por agotarlas y facilitaron el dominio de Macedonia. La polis dejó de ser autárquica, las decisiones más importantes ya no se tomaban en ellas."[39]

La vida de cualquier ciudad en esta época ya no estaba en su mayor parte dirigida por ella misma, y el estadista más capaz de cada polis no podría esperar tener mucho éxito dado que él no dominaba todos los resortes para poder realizar su política. El resultado de todo ello tenía que ser una actitud derrotista, una desilusión y una tendencia a

[37] Ortega y Gasset José. **Vitalidad, alma y espíritu en el espectador.** Pág. 156.
[38] Krabbe, Hugo. **Ob. Cit.** Pág. 90.
[39] Sabine, George H. **Ob. Cit.** Pág. 117.

apartarse de la vida pública y crearse una vida privada en la que los intereses públicos tuviesen un papel pequeño y aún negativo.

El fracaso de la ciudad-estado obligó por primera vez a los hombres a crearse ideales de carácter personal y de felicidad privada de un tipo tal que al griego educado en los ideales de la ciudad-estado difícilmente podría considerarla como otra cosa que un expediente y una renuncia. La autarquía que para Platón y Aristóteles era atributo del Estado, pasó a serlo del ser humano considerado como individuo.

Este fenómeno se observa al considerar el creciente número de sociedades privadas encaminadas a conseguir finalidades religiosas, sociedades de las que no había necesidad en la época clásica caracterizada por la existencia de una religión civil o de la polis. Afirma Sabine George H., "estas sociedades religiosas constituyen una tendencia característica de la época helenística, esta tendencia culminó con la aparición del cristianismo. En este proceso religioso es posible ver una ayuda emocional para los hombres que, sin ella, se sentían obligados a enfrentarse al mundo solo, y pensaban que sus facultades naturales eran demasiado débiles para resistir la prueba. Como resultado de este proceso surgió una conciencia de sí, un sentido de recogimiento y de intimidad personal, de un tipo que el griego de la época clásica no había poseído nunca."[40]

Este sentido de aislamiento e intimidad individual tuvo también su reverso: la conciencia del hombre como ser humano que poseía una naturaleza humana más o menos idéntica en todas partes. La ruptura del estrecho lazo que había mantenido unidos a los ciudadanos anteriormente, dejó simples hombres aislados. Pero en la medida que un

---

[40] **Ibíd.**

hombre no era una mera individualidad, era un hombre como cualquier otro, un miembro de la especie humana.

Pese a lo grande que es el abismo entre esta concepción de una sociedad de ámbito universal de individuos autónomos y la noción del estrecho parentesco total propio de la ciudad-estado, ambas ideas no son enteramente discrepantes. En efecto, sería más exacto decir que la concepción propia de la época helenística trató de proyectar sobre un campo cósmico unos ideales que, en su primera aparición, habían estado confinados dentro de los límites de la ciudad-estado. Según Aristóteles sostiene que "las dos condiciones esenciales de la ciudadanía eran que debía haber una relación entre iguales y que éstos tributasen voluntariamente lealtad a un gobierno de autoridad no despótica, siendo solo posible dicha igualdad en un cuerpo de ciudadanos pequeño, la nueva concepción que postulaba la igualdad tenía que diluir el contenido de la personalidad individual en la igualdad de todos los hombres a los ojos de la ley."[41]

b) Roma

Comenta Sabine George H. "la ciudadanía en Roma dispuso realmente de un sistema jurídico mucho más flexible y adaptable de lo que nunca conoció Grecia, la ciudadanía para los romanos no significaba necesariamente aquel parentesco social que constituyó un límite absoluto y fatal para la política griega. Sin duda, la plena ciudadanía supuso al principio tal tipo de unión de parentesco total, (natural de las comunidades primitivas aunque peligrosa para la civilización) en lo político, religioso, lo moral y lo social."[42]

Continúa afirmando Sabine George H., "la confusión de poderes, las servidumbres recíprocas del trono y del altar, la subordinación de los derechos de la conciencia a las

[41] Aristóteles. **La política.** Pág. 132.
[42] Sabine, George H. **Ob. Cit.** Pág. 201.

órdenes de la autoridad, están presentes en Roma tanto en las instituciones de carácter más aristocrático como en las de carácter más democrático. Así en Roma, el primer acto del cónsul era inmolar una víctima en el foro a los ojos de la multitud orante mientras un flautista interpretaba una melodía sagrada. Por su parte, el tribuno de la plebe era un personaje sacrosanto, es decir, que como todo lo sacrosanto era algo dedicado a los dioses y que por esta razón no podía ser tocado por el hombre."[43]

Aunque la ciudadanía formalmente retuvo sus elementos religiosos y de otro tipo, fue replegando su carácter acentuando solamente los derechos políticos y civiles. En cualquier caso esta depuración de la ciudadanía fue algo muy tímido, Lowenstein, Kartl, indica que: Entre los defectos de lo que pudiera llamarse teoría del Estado romana, se halla la ausencia de derechos fundamentales y colectivos, pues los romanos no conocían ningún derecho en contra del Estado, dado que como todo hombre antiguo buscaban, ante todo su realización en el marco y al servicio del Estado."[44]

La libertad (libertas) no era para ellos un postulado abstracto, sino la correlación de la -auctoritas-, el dominio legítimo de sus magistrados, opina Lowenstein: "La -libertas- se concebía colectivamente, es decir, como el no sometimiento a ningún poder extraño, noción más cercana a lo que se entiende hoy en derecho internacional público como esfera de soberanía, que a lo que podríamos denominar la garantía de una esfera privada protegida de las intervenciones estatales."[45]

En general, la doctrina suele comparar la situación de Roma con la de Grecia, respecto a la cuestión de la intimidad, en Roma se puede rastrear leyes que suponen un desconocimiento de la intimidad. Algunas las cita Montesquieu, que además de ser un

---

[43] **Ibíd.**
[44] Lowenstein, Kartl. **Roma y la teoría general del Estado.** Pág. 27.
[45] **Ibíd.** Pág. 28.

gran tratadista político era un notable historiador del derecho; a este respecto observa que el adulterio era un delito que estaba sometido a la acusación pública. Si bien es cierto que, poco a poco, fue restringiéndose y la Ley Julia ordenó que no se pudiera acusar a una mujer de adulterio sin antes haber acusado a su marido de favorecer sus desvíos.

Hay otras manifestaciones de incomprensión de la intimidad por los romanos como el caso de Corvilio que también relata Montesquieu cuenta que Corvilio cayó en desgracia ante el pueblo porque en vista de la esterilidad de su mujer, juró a los censores que la repudiaría para dar hijos a la República, el pueblo vio en este juramento un yugo que los censores iban a imponerle, lo grave era la posibilidad de subordinar de tal modo su vida íntima por Corvilio a las exigencias demográficas de la República.

Lo anterior no significa que la idea del derecho a la intimidad, e incluso manifestaciones jurídicas de la misma fuesen ignoradas por los romanos. Séneca, filósofo cordobés influido por el estoicismo, en sus obras expresa la contraposición entre el hombre inmerso en los negocios u ocupaciones exteriores, y el hombre que vive su vida retirado e inmerso en la sapiencia. Esta contraposición entre el hombre exterior y el interior tan próxima a la idea de intimidad inspira sus obras, en particular sus diálogos y sus cartas a Lucilio, múltiples textos de Séneca avalan lo dicho. Séneca resalta la interioridad como felicidad y control.

En cuanto a las manifestaciones jurídicas de la intimidad, dice Freund, Julián que, "debe precisarse, antes que nada, que la diferencia entre -dominium- e -imperium- era una de

las características de la sociedad política romana y que la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público era familiar a los jurisconsultos del imperio."[46]

Más concretamente, menciona Bernardo de Quirós, Constancio que, "parece existir en el Derecho Romano una protección a la correspondencia y al domicilio; con respecto a la correspondencia, su violación daba lugar a diferentes acciones: la apertura del pliego originaba una actio iniuriarium por estimarse un ataque a la libertad del que lo enviaba o del que lo había de recibir, si bien podía causar también, una actio furti si el culpable sacaba algún provecho de su violación."[47]

En cuanto a la protección que se dispensaba al domicilio, dice González Trejivano, P. J. que, "las leyes romanas, al igual que las de su tiempo, admiten igualmente el principio de que todo ciudadano tiene una casa por asilo y que ella no debe ser objeto de violencia."[48]

c) El cristianismo

El jurista Sabine George H., sostiene que "con el advenimiento del cristianismo, la intimidad experimentará un mayor reconocimiento, una institución (la Iglesia) que tenía su razón en una relación superior entre una idea espiritual y la esencia espiritual de la naturaleza humana y que existía para servir de medio de comunicación del alma con Dios, tenía que exigir que se la distinguiera de aquellas instituciones seculares que servían para procurar los medios de la existencia corporal y terrena, y tenía que ser, a la vez, en cierto grado independiente de ellas."[49]

---

[46] Freund, Julián. **La esencia de la política.** Pág. 282.
[47] Bernardo de Quirós, Constancio. **Inviolabilidad de domicilio.** Pág. 649.
[48] González Trejivano, P. J. **La inviolabilidad del domicilio.** Pág. 321.
[49] Sabine, George H. **Ob. Cit.** Pág. 152.

Por esta razón el cristianismo planteó un problema que no había conocido el mundo antiguo, el problema de las relaciones entre Iglesia y Estado, y supuso una diversidad de lealtades y **juicio intimo** no incluido en la idea de ciudadanía, es difícil imaginar que la libertad hubiera podido desempeñar el papel que llegó a tener en el pensamiento político europeo, si no se hubiera concebido que las instituciones éticas y religiosas fueran independientes del Estado y de la coacción jurídica, y superior en importancia a ellos.

Manifiesta Sabine, George H. que: "La concepción de una sociedad cristiana universal transmitida por los padres de la iglesia a la edad media difería fundamentalmente de la antigua idea de una comunidad universal que había prevalecido en la antigüedad precristiana en que dividía la lealtad y la obediencia entre dos ideas y dos gobiernos. El cristianismo añadió a la exigencia de justicia en el estado terrenal la obligación de mantener una pureza de culto que hiciese de esta vida la puerta de entrada a la ultraterrena.

La idea de la obligación cristiana se sobrepone a la del derecho terreno; por encima de la ciudadanía del Estado y al lado de esta ciudadanía, colocaba la pertenencia a una compañía celestial, situando al cristiano bajo un derecho y un gobierno dobles. Este doble aspecto de la sociedad cristiana dio por resultado un problema único que acaso ha contribuido como ningún otro a las propiedades específicas del pensamiento político europeo, la creencia en la autonomía espiritual y el derecho de libertad espiritual dejó un residuo sin el cual serian muy difíciles de entender las ideas nuestras de **intimidad y libertad individuales**, dice Sabine."[50]

---

[50] **Ibíd.** Pág. 154.

Para el tratadista Carl Schmitt difiere de la tesis arriba expuesta, este autor alemán, si bien reconoce "que el Estado antiguo no conocía derechos de libertad porque parecía inconcebible una esfera privada con un derecho independiente frente a la comunidad política, considera que los derechos fundamentales no aparecen hasta el siglo XVI. En su opinión el pensamiento de los derechos fundamentales contiene el principio básico de distribución, el cual significa que la esfera de la libertad individual es ilimitada en principio mientras que las facultades del Estado son limitadas en principio."[51]

Pues bien, según Schmitt, Carl: "el cristianismo apareció en un mundo dominado por el imperio Romano, un universo político pacificado y, por ello, despolitizado (pues la esencia de lo político es la contraposición existencial amigo-enemigo, y en este universo pacificado no hay contraposiciones). Esa situación de universo político cesó con el desmoronamiento del imperio, pero la teoría de toda la llamada Edad Media se mantuvo en la idea de ese universo. Solo en el siglo XVI se hizo imposible la teoría de un universo político, e incluso su ficción, pues con el reconocimiento de la soberanía de numerosos Estados se pasó a una situación de pluriverso político."[52]

El cristianismo y la Iglesia se encontraban en una situación nueva, pues con las Iglesias nacionales se formaba a partir del Estado una nueva organización de la vida religiosa en la que la adscripción política determinaba la agrupación decisiva de los hombres con lo que la religión no podía ser un asunto privado. Es en el propio campo del Protestantismo donde surge la reacción frente a este exceso luterano, los rebautizados y los puritanos postulan una respuesta nueva: la privatización de toda religión, la cual se convierte en cosa suprema y absoluta, mientras todo lo demás, toda especie de

[51] Schmitt, Carl. **Teoría de la constitución.** Pág. 217.
[52] **Ibid.** Pág. 219.

formaciones sociales, tanto Iglesia como Estado, se convierten en algo relativo y auxiliar.

En este momento según Schmitt, "surge la libertad de religión, es en este instante histórico cuando aparece, el principio de distribución: el individuo como tal es portador de su valor absoluto y permanece con este valor en su esfera privada, de forma que su libertad privada es algo ilimitado en principio; mientras que el Estado es solo un medio, relativo, limitado en sus facultades y controlable por los particulares.

Las reflexiones sobre la intimidad, las invitaciones a la exploración de la intimidad son constantes, San Agustín desarrolla de forma precisa su teoría del conocimiento que, en la medida en que identifica conocimiento y Dios, tiene también un importante alcance teológico. Su método se desarrolla fundamentalmente en tres fases:

- Noti toras ire (no quieres salir fuera).
- In te ipsum redi (vuélvete, entra en ti mismo).
- Trascende te ipsum (trasciéndete, sube por encima de ti, no te quedes encerrado en ti)."[53]

Por tanto, la idea de intimidad alcanza con este pensador su cima, así se explica que haya sido llamado por algunos como el primer hombre moderno. Los pensadores modernos, como Descartes o Kant seguirán las huellas de San Agustín, si bien eliminando la tercera fase del método agustino.

---

[53] **Ibíd.**

2.5.1. Pueblos germánicos

Entre los pueblos germánicos, la idea de lo privado, aunque no exactamente la de intimidad está presente de forma acentuada, Ortega y Gasset, ha reflexionado sobre el asunto, y en su opinión, "el espíritu que inspira las grandes tendencias del Derecho germano, se halla en la resistencia a disolver lo personal en lo público."[54] Considera que mientras para un clásico como Cicerón, libertad significaba imperio de las leyes establecidas, para el germano, la ley es siempre lo segundo y nace después que la libertad personal ha sido reconocida, y entonces, libremente, crea la ley.

El germano, según Ortega, tardó mucho en aceptar que la justicia fuese pública y no privada, firmes con su sensibilidad personalizada, estos pueblos del norte pensaban que quien cree tener un derecho debe por sí mismo defenderlo. En cierta manera es una misma cosa para ellos tener un derecho y ser capaz de sustentarlo, de ahí que Seek observa que nada irritó tan vivamente a los germanos contra los conquistadores como ver que en medio de ellos se hacía justicia a la manera romana, y no era tanto el contenido mismo del derecho lo que provocó aquella tormenta, según Seek, el ius gentium era de sobra maleable, sino la justicia pública en las cuestiones privadas de los individuos, era lo que parecía insoportable al libre germano.

2.5.2. La edad media

La Edad Media ha sido considerada por algunos como la edad primera de la civilización cristiano-occidental, Toynbee considera esta última civilización como filial de la grecorromana, en la medida en que el elemento clásico es muy importante en la misma, si bien recibe un nuevo sentido con el elemento genético fundamental que es el

[54] Ortega y Gasset, José. **Ob. Cit.** Pág. 249.



cristianismo, a estos dos elementos se sumará un tercer elemento que sería el germánico.

No en vano, los invasores germánicos de lo que fue el imperio romano mantenían las viejas costumbres germánicas que, con la cristianización de estos pueblos y la fusión con los elementos nativos y romanos de los territorios conquistados, experimentaron sensibles matizaciones. Está fusión de los tres elementos se apreciará en el desarrollo de la idea de intimidad y en sus manifestaciones jurídicas.

La idea de intimidad y de lo privado también está presente durante la llamada edad media, durante esta época, la energía vital no se consume en luz derramada sobre el Universo; se concentra en calor dentro de la persona. El arte gótico medieval, en concreto, la estatua gótica, manifiestan en forma extrema el imperio del alma. Si, en la estatua griega vemos un trozo de mármol que da ocasión a una forma que tiene sentido y valor por sí misma, en la visión adecuada de una estatua gótica no vemos el mármol o la madera ni la forma como tal, sino solo una figura expresiva donde la línea y el plano tienen una función transitiva: expresar una intimidad sentimental, el alma del que esculpe, lanzarnos más allá de la propia obra de arte al recinto transvisible de una intimidad que vibra.

Pese a que algunos hayan señalado que la distinción público-privado era extraña a la política medieval porque todas las relaciones sociales estaban dominadas por la sola categoría de lo privado, otros autores han demostrado que ese punto de vista no es exacto, y que, si bien predomina lo privado en la edad media, la noción de lo público no era desconocida.

Por esa razón, Lima Torrado, J., manifiesta que: "La investigación filosófica de Duby acerca de lo privado en el Medievo resulta de especial interés a efectos de determinar la presencia de la idea de intimidad en esta época. Privatus en primer lugar, evoca lo familiar, designa lo no festivo, en la medida en que una fiesta supone palabras que se dicen, actitudes que se adoptan ante los demás para darse a conocer; antes al contrario, las palabras que sostienen la idea de privado son palabras reservadas a los comportamientos de intimidad.

Durante la época feudal se mantenía la idea, expresada por una serie de vocablos organizados en torno a privatus, de que existen actos, seres, objetos que se hurtan con todo derecho a la autoridad colectiva y que por ello mismo se hallan establecidos en un dominio acotado por límites precisos, cuya función consiste en obstaculizar cualquier tentativa de intrusión. Por ello, la oposición público/privado no es sólo cuestión de lugar, sino también cuestión de poder.

Se trata de la naturaleza de los poderes: de un lado, la republica, compuesta por hombres (las mujeres escapan de este poder, según Duby) que forman la comunidad política. Es el dominio de lo colectivo, por tanto extra commercium cuya gestión corresponde al magistrado y a la Lex."[55]

De otro lado, continúa manifestando Lima Torrado J., "lo que desde el siglo XII se designará explícitamente como res familiares, compuesta por la familia que define su área natural de vida en común que es la casa, su gobierno corresponde al paterfamilias y no se rige por la ley sino por la costumbre. La conjunción de los tres elementos (lo romano, lo germánico y lo cristiano) también tendrá su plasmación respecto a la

[55]Lima Torrado, J. **Los textos jurídicos medievales como precedente de las modernas declaraciones de derechos humanos.** Pág. 33.

dimensión jurídica de la intimidad. En primer lugar, el cristianismo y, muy especialmente, el pensamiento de San Agustín, que domina en todas partes hasta el siglo XII, seguirá presente.

En segundo lugar, en el siglo XII se produce la recepción del derecho común y el redescubrimiento del Derecho Romano.

En el Derecho Romano se reconocían ciertos derechos a los ciudadanos, si bien el fundamento de estos derechos no era la dignidad de la persona, noción desconocida en los tiempos antiguos. Ahora bien, el Derecho Romano se diferenciaba del germánico en que era la res pública, valga decir, el rey, quien garantizaba los derechos.

En tercer lugar, el celo germánico por lo propio, por la libertad frente a lo público, no dejará de influir en la conformación definitiva de los derechos durante esta etapa."[56]

2.5.3. La modernidad

Al concluir la edad media, aparece el renacimiento que no es sino la primera fase de la edad moderna o modernidad en la que aún nos hallamos, la unidad de orden medieval se quiebra. La modernidad no ha sido algo particular desde el primer momento, como señala Lima Torrado, J., "en el siglo XVI existieron dos posibilidades para que el mundo moderno se realizase: una, revolucionaria; otra tradicionalista o medievalizante, que no quería un mero estancamiento en las formas antiguas, sino que se sentía vinculada al tiempo anterior quería conservar los fundamentos culturales del mismo, aunque admitiendo todas las superaciones convenientes."[57]

---

[56] **Ibíd.**
[57] Lima Torrado, J. **Los textos jurídicos medievales como precedente de las modernas declaraciones de derechos humanos.** Pág. 33.

Un ejemplo paradigmático de ello lo constituyó la Escuela Española de teólogos-juristas del siglo XVI, que renovó la escolástica medieval sin abandonarla.

Los siglos XVI y XVII presencian la pugna de las dos modernidades, es un duelo a muerte y sólo tras un esfuerzo formidable quedará vencida una de aquellas posibilidades. El triunfo completo de la modernidad revolucionaria no se asegura hasta el siglo XVIII, con la cultura de la ilustración.

En este contexto, por tanto, la idea de intimidad se desarrolla a partir de los presupuestos medievales ya conocidos. Un desarrollo singular de esta idea se producirá con la mística del siglo XVI, en especial Santa Teresa de Jesús y San Juan de la Cruz, que avanza brillantemente sobre la senda que marcaron los místicos medievales. La intimidad como derecho, igualmente avanzará sobre la senda ya trazada en el medioevo.

En este mismo contexto, se puede encontrar el reconocimiento de otra vertiente del derecho a la intimidad, la del secreto de la correspondencia en otros textos. Esta libertad se proclama para indias en diversas disposiciones la primera en el año 1509 y otras posteriores por ejemplo la real cédula de Felipe II al virrey del Perú de 14 de septiembre de 1592 a propósito de unas infracciones al citado derecho.

De los textos anteriores se desprende un reconocimiento del derecho a la intimidad que está profundamente arreglado en la tradición medieval ya examinada anteriormente. No puede, por tanto, extrañarnos que Sánchez Albornoz, Claudio diga que de “entre todas las colonizaciones conocidas en la historia es la de España en América la única que enlaza, deriva y enraíza en la edad media, ya que el pluralismo, la aventura

guerrera y los hondos sentidos religiosos que caracterizan la conquista de América son signos típicamente medievales."[58]

El ilustre historiador añade que: España, al descubrir y conquistar el nuevo mundo vivía en muchos aspectos de su vida una edad media retrasada, que al comenzar la edad moderna universal estaba todavía preñada por el espíritu y genios medievales trajo a las indias colombinas su medievalismo.

Este entroncamiento con el medioevo se percibe en otros aspectos jurídicos advertidos por Sánchez Albornoz al decir que del mismo modo que los reyes de Asturias, de León y de Castilla, al conquistar diversos reinos moros siglo a siglo, los incorporaron y asimilaron en pro de igualdad al suyo primitivo, desde Toledo hasta Granada, el reconocimiento de los indios como súbditos supone la continuación de la doctrina jurídica practicada en los siglos medievales por Castilla.

2.6. Características de la intimidad

La autora Cabezuelo Arenas Ana Laura, menciona como "características del derecho de intimidad las siguientes:

- **Es un derecho originario e innato:** la persona nace con él.

- **Es un derecho absoluto:** contiene una posibilidad alegatoria erga omnes, es decir ante cualquiera.

- **Es un derecho extrapatrimonial:** es decir, que sobre él es imposible hacer negocio jurídico alguno.

[58] Sánchez Albornoz, Claudio. **La edad media española y la empresa de América.** Pág. 35.



- **Es un derecho irrenunciable** aunque pueden darse disposiciones sobre manifestaciones puntuales.

- **Es un derecho inembargable e inexpropiable:** es decir, intransferible.

- **Es un derecho imprescriptible:** por su propia naturaleza de derecho de la personalidad. Sin embargo cabría remarcar que el derecho a la intimidad no dejaría de serlo si trasciende de la esfera privada pues existe el secreto por voluntad expresa del individuo."[59]

2.7. La intimidad como derecho fundamental

Cuando se habla de derecho fundamental se refiere a ciertos derechos, que poseen una serie de elementos especiales, que se consideran indispensables, para que una persona pueda desarrollar, sin obstáculos, un plan de vida digna y plena.

En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales, en la medida que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdés se puede entender como bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.

Murguerza Javier, sostiene que los derechos fundamentales son "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres, en cuanto

---

[59] Cabezuelo Arena, Ana Laura. **Ob. Cit.** Pág. 234.

dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar."[60]

De acuerdo a Murguerza, en el Estado de derecho -como el alemán-, "los derechos fundamentales tienen cuatro características:

- El máximo rango.
- La máxima fuerza jurídica.
- La máxima importancia del objeto.
- El máximo grado de indeterminación."[61]

El máximo rango es el resultado de que los derechos fundamentales se hallan regulados en la Constitución, de ahí que toda norma que los infrinja es inconstitucional y, en consecuencia, nula por regla general. La máxima fuerza jurídica se refiere a que los derechos fundamentales no se limitan a ser meras declaraciones programáticas, sino que gozan de tutela judicial en todo sentido. Así, la observancia de la tutela judicial se halla plenamente controlada por los Tribunales, esta justiciabilidad plena a la que se acogen también otras normas constitucionales, es uno de los tesoros de la Constitución.

La máxima importancia del objeto indica que mediante los derechos fundamentales, encontramos la estructura básica de la sociedad, y se definen los límites estatales en la economía, como puede ser el derecho de propiedad o el derecho de libertad o de comercio, se establecen las reglas de comunicación en la sociedad, como la libertad de imprenta o la libertad de expresión. En algunos casos, los derechos fundamentales, lo

[60] Murguerza Javier. **Ob. Cit.** Pág. 302.
[61] **Ibíd.** Pág. 304.

que hacen es precisamente reconocer su contenido fundamental: la garantía del honor y la familia, del derecho a la herencia y la libertad religiosa, así como la protección de la vida y la integridad física.

El máximo grado de indeterminación significa que los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación. Esto significa que el texto constitucional es sucinto, vació de declaraciones; es decir, establece los derechos fundamentales pero no prevé -ni pretende hacerlo-, todos los supuestos en los cuales se aplican esos derechos, sino que deja al intérprete constitucional la tarea de llenar el contenido de ese derecho de modo casuístico, a fin de que no se conviertan camisas de fuerzas para el bien jurídico que tutelan.

Los derechos fundamentales deben tener una textura abierta, que permitan adaptar su contenido a la evolución social. Si los derechos fundamentales pueden ser concebidos como la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción, entonces tendremos necesariamente que admitir que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental.

Los derechos fundamentales están asociados con cualquier aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o

de grupos sociales, en caso de su desconocimiento o su violación, existe la posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental porque implica una defensa frente a la intromisión por parte del Estado y de la comunidad, y porque su plena vigencia posibilita el desarrollo íntegro de la personalidad del individuo.



CAPÍTULO III





3. Legislación que regula el derecho a la intimidad

En opinión del experto en el tema Licenciado José Guillermo Rodríguez Arévalo, coordinador de asesores, de la Institución del Procurador de los Derechos Humanos, según entrevista realizada el doce de agosto de dos mil ocho.

Estos preceptos dimanantes del orden internacional son normas jurídicas, de derecho objetivo que pueden y deben ser aplicadas directamente (self executing) en sede constitucional; su carácter normativo y el lugar que ocupan de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, ha sido elucidado reiteradamente por la Corte de Constitucional, que en su doctrina jurisprudencial ha sustentado la tesis que se encuentra en el vértice superior del ordenamiento jurídico, conjuntamente con la Constitución Política de la República y que se incorporan al ordenamiento jurídico en conexión con el Artículo 44 y 46 constitucionales.

Este carácter normativo y de aplicación directa, genera derechos y obligaciones recíprocas, no entre los Estados partes, sino que son éstos quienes reconocen derechos y se someten a un orden legal supranacional a favor de los individuos, independientemente de su nacionalidad.

Al respecto cabe citar la opinión consultiva emitida por la corte interamericana de derechos humanos, con fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (opinión consultiva OC 2-82): La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la convención americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de



un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.

Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.

Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la comisión europea de derechos humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las altas partes contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las altas partes contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las altas partes contratantes (Austria vs. Italy, Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140).

La comisión europea, basándose en el preámbulo de la convención europea, enfatizó, además, que el propósito de las altas partes contratantes al aprobar la convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho.

3.1. Legislación de aplicación universal

3.1.1. Declaración universal de los derechos humanos

El Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

3.1.2. Pacto internacional de derechos civiles y políticos

En el mismo sentido el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, preceptúa:

1) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

3.1.3. Convención de los derechos del niño

El Artículo 16 de este instrumento indica:

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias y ataques.

3.2. Legislación de aplicación regional



3.2.1. Declaración americana de los derechos humanos

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, señala:

Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

3.2.2. Convención americana de los derechos humanos

De conformidad con el Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José):

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

3.2.3. Convención interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Articulo 3. Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Articulo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden entre otros:

a) El derecho a que se respete su vida;

b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;

c) El derecho a la libertad y seguridad personales;

d) El derecho a no ser sometida a torturas;

e) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;

f) El derecho a igualdad de protección ante la ley;

g) El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.

3.3. Legislación de aplicación interna

3.3.1. Constitución política de la República de Guatemala

Según lo manifestado en entrevista por el experto licenciado José Guillermo Rodríguez Arévalo quien literalmente indicó en el texto constitucional, dado lo novedoso del tema no se incluye un precepto específico que se refiera a la protección de la data privada en correlación con la intimidad y el derecho a la propia imagen, como efectivamente sucede en el caso de la Constitución de España en cuyo inciso 1 del Artículo 18,

establece: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Indicó además que la no inclusión de un precepto específico no impide ni dificulta la protección del derecho, es ilustrativo el caso de Italia, donde el dirito a la riservatezza, se ha desarrollado a partir de la interpretación normativa del contenido del Artículo 2 de la Constitución (1947), en el que se lee: La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.

La Constitución guatemalteca, el Artículo 31 reconoce el derecho que toda persona de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esa información. Es decir, se reconoce el principio de finalidad, que en consonancia con los principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990, el cual orienta hacia que:

La finalidad de un fichero y su utilización en función de esta finalidad deberían especificarse y justificarse y, en el momento de su creación, ser objeto de una medida de publicidad o ponerse en conocimiento de la persona interesada a fin de que ulteriormente sea posible asegurarse de que:

a) Todos los datos personales reunidos y registrados siguen siendo pertinentes a la finalidad perseguida;

b) Ninguno de esos datos personales es utilizado o revelado sin el consentimiento de la persona interesada, con un propósito incompatible con el que se haya especificado;

c) El período de conservación de los datos personales no excede del necesario para alcanzar la finalidad con que se han registrado.

Las únicas excepciones a este principio, según la resolución citada (numeral 6) son por motivos de seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y, en particular, los derechos y libertades de los demás, especialmente de personas perseguidas (cláusula humanitaria), a reserva de que estas excepciones se hayan previsto expresamente por la ley o por una reglamentación equivalente, adoptada de conformidad con el sistema jurídico nacional, en que se definan expresamente los límites y se establezcan las garantías apropiadas. Si bien es cierto, como se ha señalado anteriormente, el derecho a la intimidad deriva de la enunciación que el ámbito internacional se ha hecho de éste en Convenciones, Pactos y Declaraciones en materia de derechos humanos

3.3.2. Ley de amparo habeas corpus y constitucionalidad

El Artículo 265 constitucional instituye el amparo como medio de defensa, o mecanismo de protección, con efectos restaurador, reparador o de defensa preventiva, según el caso, contra violaciones a los derechos o la amenaza, cierta y determinada, que concurra ante tales violaciones. Es taxativo que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo.

Específicamente, se entiende según Collado García-Lajara, Enrique, como mecanismos de protección de datos personales: "el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por tercero, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma confeccionar una información que identificable con él afecte su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad."[62]

Se discute sobre la naturaleza jurídica del Habeas Data (exhibición de documentos o registros informáticos para su eventual modificación o, inclusive, exclusión del fichero de la data personal). Por otra parte, el Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, establece: Los jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia, sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el Artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso, ejercite iniciativa de Ley.

La Ley del Organismo Judicial, en concordancia con el Artículo 1 de la misma, establece que los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico. Asimismo, el Artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, enumera numerus apertus los casos de procedencia del amparo, estableciendo con claridad, en conexión con el Artículo 265 constitucional y 8 de la Ley constitucional citada (no hay ámbito que no sea susceptible de amparo), que ese catálogo no excluye cualesquiera otros casos, que no estando comprendidos en esa enumeración, sean susceptibles de amparo.

---

[62] Collado García-Lajara, Enrique. **Protección de datos de carácter personal, legislación, comentario, concordancias y jurisprudencia.** Pág. 220.

3.3.3. Código Penal

En el titulo II, capítulo I, se describen los delitos contra el honor entre ellos, se encuentran tipificados los delitos de la calumnia, injuria y difamación, los cuales se definen en los Artículos 159 al Artículo 172 y establecen en cuanto lo siguiente;

Artículo 159: (Calumnia) Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio. El responsable de calumnia será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de cincuenta a doscientos quetzales.

En las denuncias analizadas, se pudo establecer que los afectados indicaron que se les vulneró su derecho a la intimidad, a la honra y a su buen nombre, debido a que la información que se comercializa por las empresa mercantiles que se dedican a esta activad lucrativa, son datos inexactos, se trata de homónimos y carecen de veracidad, por lo que pueden darse los elementos del delito de calumnia.

Artículo 160: (Veracidad de la imputación) En el caso del Artículo anterior, el acusado de calumnia quedará exento de toda responsabilidad penal probando la veracidad de la imputación. El responsable de injuria será sancionado con prisión de dos meses a un año.

Artículo 161: (Injuria). Es injuria toda expresión o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.

En las bases de datos de las empresas mercantiles objeto de esta investigación, aparece toda la información referente a las personas, si ha tenido juicios de cualquier índole en los diferentes juzgados del país, aunque estos se encuentren fenecidos, si ha tenido créditos en las diferentes entidades financieras, su situación familiar, estado civil,

situación económica, profesión oficio, actividad a la que se dedica la persona objeto por lo que el delito del Artículo anterior puede encuadrarse en el tipo penal descrito en cuanto a la injuria.

Articulo 162. (Exclusión de prueba de veracidad). El acusado de injuria no se le admitirá prueba sobre la verdad de la imputación.

Articulo 164. (Difamación). Hay delito de difamación, cuando las imputaciones constitutivas de calumnia o injuria se hicieren en forma o por medios de divulgación que pueda provocar odio o descrédito, o que menoscabare el honor la dignidad o el decoro del ofendido ante la sociedad. A responsable de difamación se le sancionara con prisión de dos a cinco años.

Tomando en cuenta que la comercialización de datos personales las referidas empresa la realiza a través de Web, y la venta la realizan a diferentes entidades tanto privadas como públicas, los hechos denunciados por las afectados encuadran en este delito de difamación puesto que le dan publicidad a los datos personales que aparecen en las bases de datos utilizado para esta actividad, y se puede establecer que para este delito la pena es mayor que para los delitos de calumnia e injuria.

El capítulo II del mismo título, se establecen los modos de comisión de estos delitos específicamente en los siguientes artículos:

Articulo 167. (Modos de comisión). Se comete el delito de calumnia, de injuria o de difamación no solo manifiestamente si no por alegorías, dibujos, caricaturas, fotografías emblemas, alusiones o cualquier otro medio similar a los anteriores.



Artículo 168: (Extinción del procedimiento): Cesará la tramitación del proceso, por calumnia, injurias o difamación:

1) Si el acusado se retractare públicamente antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo y el ofendido aceptare la retractación;

2) Si tratándose de calumnia o injuria encubiertas o equivocas, el acusado diere explicaciones satisfactorias antes de contestar la querella o en el momento de hacerlo.

Esta disposición no es aplicable cuando la imputación ha sido dirigida en contra de un funcionario público.

Articulo 169. (Régimen de la acción). Solo pueden ser perseguidos por acusación de la parte agraviada, los delitos de calumnia, injuria, difamación, salvo cuando la ofensa se dirija en contra de un funcionario, autoridad pública o instituciones del Estado. Articulo 172. (Extinción de la pena). El perdón de la parte ofendida extingue la responsabilidad penal o la pena en los delitos de calumnia, injuria y difamación en contra de particulares.

En el capítulo VII, se indica lo referido a los delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos.

El Artículo 274 D adicionado por el Artículo 16 del Decreto Número 33-96 el cual literalmente regula: Registros Prohibidos: Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a mil quetzales, al que creare un banco de datos o un registro informático con datos que puedan afectar la intimidad de las personas.

3.3.4. Código Procesal Penal

Es importante definir qué se entiende por delitos de acción privada, en virtud que con anterioridad se han descrito los tipos penales que se establecen en el código penal, figuras que se encuadran en las acciones realizadas por las empresas mercantiles cuyo fin principal es el lucro a través de la comercialización de datos personales de la población en general.

Delitos de acción privada; son todos aquellas hechos ilícitos, que si bien es cierto, están calificados como tal en el Código Penal, lesionan bienes jurídicos que interesa tutelar a la sociedad, su persecución solo procede mediante querella planteada por la víctima o su representante, el Ministerio Público es garante en aquellos casos que se requiera su apoyo para individualizar al imputado, o para practicar un elemento de prueba o cuando el titular de los derechos carezca de medios idóneos para ejercer la acción.

El titular de la acción es la víctima o su representante legal, tienen entonces la facultad de desistir, renunciar a su derecho, perdonar o llegar a cualquier clase de convenio, siempre que no se violente el orden público ni se afecten derechos irrenunciables. El Ministerio Público tiene prohibición para intervenir en el proceso pero esto no obstaculiza o impide que realice medidas urgentes de la policía nacional civil o de los fiscales con el objeto de determinar si el afectado es menor de edad, o si tienen intereses contrapuestos con su representante legal.

En el Código Procesal Penal, se regula en el Artículo 24 quater acción privada: Serán perseguibles, solo por acción privada, los delitos siguientes:

1) Los relativos al Honor,

2) Daños,

3) Los relativos al derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos, a) Violación de los derechos de propiedad industrial b) Violación a los derechos marcarios, d) Alteración de programas, e) reproducción de instrucciones o programas de computación, f) Uso de información;

4) Violación y revelación de secretos;

5) Estafa mediante cheque. Los delitos antes relacionados son perseguibles a instancia particular, y como se puede establecer que el delito de registros prohibidos, se encuentra regulado en el capítulo VII, del código penal el cual contempla todos aquellos delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial, y delitos informáticos.

Al analizar los Artículos citados se concluye, que para denunciar estos abusos de comercialización de datos personales y poder encuadrar en las tipologías que define el código penal guatemalteco, es necesario que la víctima o su representante legal presente querella por escrito ante el tribunal de sentencia que corresponda. Los requisitos para presentar querella, tal y como lo regula el Artículo 302 del Código Procesal penal son los siguientes:

1) Nombres y apellidos del querellante y en su caso el de su representado

2) Su residencia

3) La cita del documento con que acredita su identidad

4) En el caso de entes colectivos, el documento que justifique la personería

5) El lugar que señale para recibir citaciones y notificaciones

6) Un relato circunstanciado del hecho, con indicación de los participes, víctimas y testigos

7) Elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidas y la prueba documental en su poder o indicación del lugar donde se encuentre. Si faltare alguno de estos requisitos, el juez, sin perjuicio de darle tramite inmediato, señalara un plazo para su cumplimiento. Vencido el mismo si fuese un requisito indispensable, el juez archivara el caso hasta que se cumpla con lo ordenado, salvo que se trate de un delito público en cuyo caso procederá como en la denuncia.

Presentada la querella el tribunal de sentencia, la tramitará de conformidad con el procedimiento especifico, que se caracteriza por los principio de oralidad y contradicción, la diferencia con los delitos de acción pública, en el procedimiento no se dan las etapas preparatoria e intermedia, el procedimiento está contenido en el Título III, Artículos del 484 al 483 del Código Procesal Penal que regula lo siguiente:

3.3.5. Procedimiento en delitos de acción privada

Articulo 474. Querella: Quien pretenda perseguir por un delito de acción privada, siempre que no produzca impacto social, formulará acusación por sí o por mandatario especial, directamente ante el tribunal de sentencia competente para el juicio, indicando el nombre y domicilio o residencia del querellado y cumpliendo con las formalidades

requeridas. Si el querellante ejerciere la acción civil, cumplirá con los requisitos para el efecto en este Código.

Articulo 475.- Inadmisibilidad: La querella será desestimada por auto fundado cuando sea manifiesto que el hecho no constituye un delito, cuando no se pueda proceder o faltare alguno de los requisitos previstos. En este caso, se devolverá al querellante el escrito y las copias acompañadas, incluyendo la de la resolución inicial. El querellante podrá repetir la querella, corrigiendo sus defectos, si fuere posible con mención de la desestimación anterior. La omisión de este dato se castigará con multa de diez a cien quetzales.

Artículo 476. Investigación preparatoria. Cuando fuese imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar por no haber sido posible identificar o individualizar al querellado o determinar un domicilio o residencia o fuere necesario establecer en forma clara y precisa el hecho punible, el querellante lo requerirá por escrito indicando las medidas pertinentes. El tribunal así lo acordará y enviará el expediente al ministerio público para que actué conforme las reglas de investigación preparatoria, quien lo devolverá una vez concluidas las diligencias.

Artículo 477. Mediación y conciliación: Previo acudir a la audiencia de conciliación las partes podrán someter su conflicto al conocimiento de centros de conciliación o mediación para que, una vez obtenido el mismo; se deje constancia de lo que las partes convengan en acta simple que se presentará al tribunal para su homologación, siempre que con dicho acuerdo no violen preceptos constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En caso de que el acuerdo de mediación no se suscriba en el plazo de treinta días, las partes quedan en la libre disposición de acudir a la jurisdicción para accionar en la forma correspondiente. Admitida la querella, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación remitiendo al querellado una copia de la acusación.

La audiencia será celebrada ante el tribunal quien dará la oportunidad para que querellante y querellado dialoguen libremente en busca de un acuerdo el resultado de la audiencia constará en acta y se consignará lo que las partes soliciten.

Querellante u querellado asistirán personalmente a la audiencia y se permitirá la presencia de sus abogados. Cuando alguna de las partes resida en el extranjero, podrá ser representado por mandatario judicial con las facultades suficientes para conciliar. Por acuerdo entre querellante y querellado se podrá designar la persona que propongan como amigable componedor, que deberá ser presentado al tribunal para su aprobación.

Los jueces de paz y los tribunales de sentencia, cuando exista peligro de fuga o de obstrucción de la averiguación de la verdad, dictarán las medidas de coerción personal el acusado que fueren necesarias para garantizar su presencia en los juicios por delitos de acción privada. Podrán también si procede, dictar las medidas sustitutivas de prisión preventiva, embargos y demás medidas cautelares como lo establece el Código Procesal Penal.

Artículo 478. Imputado. Si el imputado concurriere a la audiencia de conciliación sin defensor se le nombrará de oficio. De igual manera se procederá si no concurriere, habiendo sido debidamente citado y no justificare su inasistencia. El procedimiento seguirá su curso.

Artículo 480. Procedimiento posterior, finalizada la audiencia de conciliación sin resultado positivo, el tribunal citará a juicio en la forma correspondiente. El término para la incorporación forzosa o espontánea del tercero civilmente demandado coincide con el vencimiento del plazo de citación a juicio. En lo demás rige las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público. El querellado podrá ser interrogado pero no se le requerirá protesta solemne. En los juicios donde la moralidad pública pueda verse afectada, las audiencias se llevarán a cabo a puertas cerradas.

Artículo 481. Desistimiento tácito. Se tendrá por desistida la acción privada:

1) Si el procedimiento se paralizare durante tres meses por inactividad del querellante.

2) Cuando el querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia o conciliación o del debate sin justa causa, la cual deberá ser acreditada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha señalada.

3) Cuando muera el querellante. Asimismo cuando sobrevenga incapacidad y no comparezca ninguno de sus representantes legales a proseguir la acción después de tres meses de ocurrida la muerte o la incapacidad.

Artículo 482. Renuncia, retractación satisfactoria: La retractación oportuna, las explicaciones satisfactorias, la renuncia del agraviado u otra causa similar de extinción de la acción penal, prevista en la ley, provocará inmediatamente el sobreseimiento. Artículo 483.- Desistimiento expreso. El querellante podrá desistir en cualquier estado del juicio, con la anuencia del querellado sin responsabilidad alguna; en caso contrario



quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores. El desistimiento deberá constar en forma auténtica o ser ratificado ante el tribunal.

3.3.6. Ley de acceso a la información pública

El Decreto Número 57-2008, Ley de Acceso a la Información Pública, aprobada el 23 de septiembre de dos mil ocho, con respecto a la presente investigación es importante mencionar que a partir del 21 de abril de 2009, las empresas mercantiles que comercialicen datos personales, cometen el delito de comercialización de datos personales, regulado en el Artículo 64, de la referida ley que establece literalmente: Comercialización de datos personales: Quien comercialice o distribuya por cualquier medio, archivos de información de datos personales, datos sensibles o personales sensibles, protegidos por la presente ley sin contar con la autorización expresa por escrito del titular de los mismos y que no provengan de registros públicos, será sancionado con prisión de cinco a ocho años y multa de cincuenta mil a cien mil quetzales y el comiso de los objetos instrumentos del delito.

La sanción penal se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades civiles correspondientes y los daños y perjuicios que se pudieran generar por la comercialización o distribución de datos personales, datos sensibles o personales sensibles.

Al analizar el Decreto Número 57-2008, especialmente lo que se refiere al objeto de la ley Articulo 1, indica que lo que pretende la ley es garantizar el derecho de toda persona individual a conocer y proteger, todo lo que de ella conste en los archivos estatales, así como la actualización de la información. Para la información que se encuentra en archivos privados en poder de las empresas mercantiles, no existe

garantía para poder tener acceso a esta información, solamente para los archivos estatales.



Artículo 2, establece la naturaleza de la ley, se dice que la presente ley es de interés público y nacional, garantiza el acceso a los archivos y cualquier base de datos que aparezcan tanto en los archivos de las entidades del estado como privadas que manejan fondos del estado.

Se entiende entonces que las empresas mercantiles que se dedican a la actividad comercial de venta de datos personales, no se incluyen en esta ley si no manejan fondos del estado. La protección a las personas en general de las actividades de empresas que comercializan datos personales y que tienen bases de datos, no se encuentran debidamente protegidas, puesto que les permite seguir utilizando dichas bases de datos.

La diferencia es que aparece regulado como delito la comercialización de datos personales, pero si se consigna en cualquier información o datos personales que se tenga que aportar por tramites personales, en archivos estatales como privados, como por ejemplo: juzgado de cualquier orden, registros civiles, bancos, tarjetas de crédito, etc. si se tiene la autorización de la persona titular de los datos, cuyos datos se pretenda comercializar, no construye delito, tal como lo establece el tipo penal regulado, en esta ley objeto de análisis.

Se considera por ello que con la vigencia del Decreto Número 52-87, no resuelve los problemas que se han denunciado, en cuanto a no tener acceso a un empleo, a crédito y a participación en actividades ciudadanas, puesto que la diferencia esta que solo se pide autorización o puede ser que se dé la autorización sin estar enterados como en los

contratos de adhesión, que aparece en letra pequeña aquella información que interesa, que pase desapercibida.

Además en los casos de las empresas que compran estos datos personales, tendrán el conocimiento que las personas que quieren optar a un empleo en sus empresas, se han negado a que se les venda la información que les atañe a ellos, (pregunta ¿contrataría a una persona que se niega a que se dé información que conste en las bases de datos de estas empresas?)

Artículo 3: La Ley se basa en los principios de Máxima Publicidad, Transparencia en el manejo y ejecución de los recursos públicos y actos de la administración Pública, gratuidad en el acceso a la información pública, sencillez y celeridad en el procedimiento, este artículo nos permite inferir que lo que se pretende es la transparencia en los actos de la administración pública y la protección de datos personales que constes en archivos de entidades estatales, centralizadas, descentralizadas, autónomas y empresas privadas que administren fondos del estado.

Artículo 6: Establece quienes son los sujetos obligados por la presente Ley, se establece que toda persona Individual o jurídica pública o privada nacional o internacional de cualquier naturaleza, institución o entidad del estado, organismo, órgano, entidad, dependencia, institución, de cualquier otro tipo que maneje, administre, o ejecute recursos públicos, bienes del estado o actos de la administración pública que está obligado a proporcionar la información pública que se le solicita incluye el listado de instituciones de los poderes del estado, entidades descentralizadas, centralizadas y autónomas: Empresas del estado y las entidades privadas que ejerzan funciones

públicas, organizaciones no gubernamentales, fundaciones, y asociaciones, se enumera 35 entidades que están afectas a la presente ley.

El listado es enunciativo, no limitativo se refieren a todas las instituciones del estado, pueden ser organizaciones de la sociedad civil, patronatos, fundaciones asociaciones, que tengan asignados fondos del estado, se incluyen bancos del sistema.

Artículo 9: Este Articulo: nos da una definición que se entiende por:

Datos Personales. Se entiende como todo lo relativo a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables, datos personales sensibles: estos datos se refieren a las características físicas o morales de las personas o hechos o circunstancias de su vida privada o actividad tales como los hábitos personales, de origen racial , el origen étnico, las ideologías y opiniones políticas, las creencias convicciones religiosas, los estados de salud físico y psíquico, preferencia o vida sexual, situación moral y familiar u otras cuestiones intimas de similar naturaleza.

Habeas data; Es la garantía que tiene toda persona de ejercer el derecho para conocer lo que de ella conste en archivos, fichas, registros, o cualquier otra forma de registros públicos y la finalidad a que se dedica esta información, así como su protección, corrección, rectificación o actualización.

Artículo 30. Habeas data en relación al habeas data las obligaciones de los sujetos obligados son:

1) Adoptar los procedimientos adecuados para recibir y responder las solicitudes de acceso y corrección de datos que sean presentados por los titulares de los mismos o sus representantes legales, así como capacitar a los servidores



públicos y dar a conocer información sobre sus políticas en relación con la protección de tales datos;

2) Administrar datos personales sólo cuando éstos sean adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con los propósitos para los cuales se hayan obtenido;

3) Poner a disposición de la persona individual, a partir del momento en el cual se recaben datos personales, el documento en el que se establezcan los propósitos para su tratamiento;

4) Procurar que los datos personales sean exactos y actualizados;

5) Adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad, y en su caso confidencia o reserva de los datos personales y eviten su alteración, pérdida transmisión y acceso no autorizado.

Los sujetos activos no podrán usar la información obtenida para fines comerciales, salvo autorización expresa del titular de la información.

Artículo 31. Consentimiento expreso. Los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que hubiere mediado el consentimiento expreso por escrito de los individuos a que hiciere referencia la información.

El Estado vigilará que en caso de que se otorgue el consentimiento expreso, no se incurra en ningún momento en vicio de la voluntad en perjuicio del gobernador, explicándole claramente las consecuencias de sus actos. Queda expresamente

prohibida la comercialización por cualquier medio de datos sensibles o datos personales sensibles.

Artículo 32. Excepción del consentimiento. No se requerirá el consentimiento del titular de la información para proporcionar los datos personales en los siguientes casos:

1) Los necesarios por razones estadísticas, científicas o de interés general previstas en ley previo procedimiento por el cual no puedan asociarse los datos personales con el individuo a quien se refieran;

2) Cuando se transmitan entre sujetos obligados o entre dependencias y entidades del Estado, siempre y cuando los datos se utilicen para el ejercicio de facultades propias de los mismos;

3) Cuando exista una orden judicial;

4) Los establecidos en esta ley;

5) Los contenidos en los registros públicos;

En los demás casos que establezcan las leyes.

En ningún caso se podrán crear bancos de datos o archivos con datos sensibles o datos personales sensibles, salvo que sean utilizados para el servicio y atención propia de la institución.

Articulo 33. Acceso a los personales. Sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes, sólo los titulares de la información o sus representantes legales podrán solicitarla, previa

acreditación, que se les proporcione los datos personales que estén contenidos en sus archivos o sistema de información.

Ésta Información debe ser entregada por el sujeto obligado, dentro de los diez días hábiles siguientes contados a partir de la presentación de la solicitud, en formato comprensible para el solicitante, o bien de la misma forma debe comunicarle por escrito que el sistema de datos personales no contiene los referidos al solicitante.

Artículo 34. Tratamiento de los datos personales. Los titulares o sus representantes legales podrán solicitar, previa acreditación, que modifiquen sus datos personales contenidos en cualquier sistema de información. Con tal propósito, el interesado debe entregar una solicitud de modificaciones, en la que señale el sistema de datos personales, indique las modificaciones que desea realizar y aporte la documentación que motive su petición. El sujeto obligado debe entregar al solicitante, en un plazo no mayor de treinta días hábiles desde la presentación de la solicitud, una resolución que haga constar las modificaciones o bien, le informe de manera fundamentada, las razones por las cuales no procedieron las mismas.

Artículo 35. Denegación expresa. Contra la negativa de entregar o corregir datos personales, procederá la interposición del recurso de revisión previsto en esta ley.

CAPÍTULO IV



4. Legislación comparada relacionada con el derecho a la intimidad

Países latinoamericanos y de Europa, en sus Constituciones Políticas establecen una protección especial para la población en general en cuanto a su derecho a la Intimidad, de igual manera se regula en constituciones de países europeos como España, a diferencia de Guatemala en donde actualmente existe una ley especifica que debe proteger a los ciudadanos y ciudadanas de estos atropellos que además de lesionar su honor, su buen nombre afecta la dignidad de todo ser humano y limita el libre ejercicio de sus derechos en una sociedad democrática.

4.1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

La suscrita es de la opinión que la Constitución es una de las más avanzadas de Latinoamérica y que protege de manera inmediata cuando se vulnera el derecho a la intimidad de cualquier persona, se describen los Artículos pertinentes.

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la

persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

Artículo 28. Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Artículo 29. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este Artículo. Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

4.2. Constitución Política de la Nación de Argentina

Al analizar el Articulado de esta Constitución se puede inferir que la república de Argentina, si tiene regulado de manera específica, el hecho que un ciudadano y/o ciudadana se vea afectado en sus derechos, por la comercialización de datos personales, y esto se retoma según el espíritu del Artículo 43 de la relacionada normativa, literalmente indica:

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione,

restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos, garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia del usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad que conste en registros o bancos de datos públicos, o los privados, destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

4.3. Constitución Política de Colombia

Las Constituciones de Latinoamérica analizadas, a diferencia de la Constitución de la República de Guatemala, si contemplan normas relativas al derecho a la Intimidad, referido a bases de datos electrónicos, por lo que se considera importante, incluir los Artículos relativos al presente tema objeto de estudio.

Articulo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos y entidades públicas.

4.4. Constitución del Reino de España

La Constitución del Reino de España de 1978, se inspira en la Constitución alemana; recepta los principios legales básicos y, además, aporta pautas relativas al funcionamiento de los tribunales (o de procedimiento). A partir del sometimiento al derecho en otros preceptos, en el Artículo 9 de la Constitución todos los poderes y ciudadanos están sujetos a la ley y al resto del ordenamiento jurídico: el Artículo 106, inciso, establece: Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Los principios generales del derecho se encuentran en muy buena parte consagrados en el texto de la Constitución, están positivizados.

Se encuentra también que el Artículo de la Constitución, mencionado en el párrafo anterior, recoge el principio de la legalidad, el de publicidad de las normas, el de irretroactividad de las disposiciones más favorables o restrictivas de derechos; la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos el Artículo 9, inciso 2, habla de la igualdad real, el 14 de la igualdad formal (del tratamiento de igualdad ante la ley) y hay otros preceptos constitucionales en los cuales se habla de preceptos generales del derecho.

Manifiesta Lorences Valentín, Pierini Alicia y Maria Inés Tornabene que, "con esto cambia la situación porque el sometimiento a la ley y al derecho es el sometimiento a los principios generales del derecho, pero a los que están en la Constitución y que, por lo tanto, tienen mayor valor que la ley, como declaró el Tribunal Constitucional desde la

primera sentencia del pleno: los principios que están en la Constitución participan del rango de la Constitución y tienen mayor valor."[63]

En lo que respecta a la presente investigación, se consagran los derechos a la información, se establece el uso de la informática y se reconocen nuevas libertades. Se transcribe la siguiente norma en cuestión:

1) Se reconocen y protegen los derechos: (Artículo 20)

   a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

   b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

   c) A la libertad de cátedra.

   d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2) El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3) La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, representando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

[63] Lorences Valentín, Pierini Alicia y Maria Inés Tornabene. **Habeas data.** Pág. 48.

4) Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5) Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Conviven en la norma las más clásicas libertades, tales como la de expresión, la censura previa, el secuestro de documentaciones o publicaciones sin orden judicial, con las nuevas referidas a los derechos de autoría artística, científica, técnica, a la cátedra, a la libertad de conciencia y al secreto profesional entre otras.

El punto 4 del Artículo pone freno a la libertad consagrada en el punto 1, d, referida al derecho de recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión para los casos en que de alguna forma afecte la intimidad o cuando se trate de datos sensibles, juventud o infancia. El punto 1, d, del artículo en cuestión es señalado por la doctrina y la jurisprudencia como un derecho esencial, fundamental y autónomo vinculado a la necesidad de recibir información, y está dirigido a todos los ciudadanos con el objeto de formar opinión.

Algunos autores sostienen que dentro de la legislación constitucional española no existe un derecho a conocer como derecho fundamental de carácter general y vinculado a todos los actos del gobierno o de terceros. Así las cosas pueden establecerse dos conclusiones y un cúmulo de cuestiones a debatir. En primer lugar, y dentro del apartado de las conclusiones, es posible afirmar que en la actualidad, no puede afirmarse la existencia de un derecho fundamental a ser informado, sino simplemente y

en los términos previstos en la ley, dentro del ámbito de lo público un derecho a acceder a la documentación disponible, sin que quepa establecer una regla general de disponibilidad de la información a lo público.

En segundo lugar, el derecho de acceso a la información en general, y a lo público en particular fuera del campo del ejercicio de funciones representativas (Artículo. 23 CE) se construye sobre la base de un derecho de configuración legal. En ese entendimiento se trata de establecer una relación entre lo público y lo secreto, en la información pública en general favorable a la transparencia, y sin perjuicio de la indudable existencia de materias revertidas del secreto necesario para asegurar la preservación y seguridad del Estado a nivel nacional e internacional, pero acceder al menos un mínimo de información a la cual se puede acceder y que es de carácter necesario para alcanzar el estado de dignidad humana propio de la sociedad de la información.

En ese sentido apuntan las recomendaciones al consejo europeo, conocidas como informe Bangemann, sobre la posibilidad de construir una sociedad a dos velocidades y la necesidad de encontrar elementos de reequilibrio, como los denominados servicios universales de telecomunicación. Tales propuestas deben aplicarse no sólo a los servicios de telecomunicación o las comunicaciones, sino también a la información, con el fin de que el individuo y los grupos en los que se integra puedan realizar sus elecciones de vida de forma más racional y responsable.

El Artículo 18, inciso 4 establece: La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. La Ley 1/1982 establece una protección concreta y específica referida a la intimidad y al honor personal y familiar. Para Lorences Valentín, Pierini Alicia y Maria

Inés Tornabene "se trata de una norma de derecho civil; en el mismo sentido también están protegidos los derechos consignados por normas del Código Penal."[64]

4.5. Constitución Política del Perú

En la Constitución Política del Perú, que fue sancionada en 1993, se encuentra legislado el instituto hábeas data, que en su parte pertinente expresa:

Artículo 2.Toda persona tiene derecho:

Inciso c. 5: a solicitar sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan a la intimidad personal y las que expresamente se excluyen por ley o razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributarios pueden levantarse a pedidos del juez, del fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a la ley y siempre que se refieran al caso investigado.

En el Artículo 6 se refiere al derecho a la intimidad los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados no suministraran informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. En el Inciso 7 del relacionado articulo se garantiza el derecho a la personalidad, reputación y reconoce el derecho a réplica al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propia. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional y sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

[64] Lorences Valentín, Pierini Alicia y María Inés Tornabene. **Ob. Cit.** Pág. 59.

4.6. Constitución de los Estados Unidos de América

La suprema corte de los Estados Unidos sostuvo que la protección de la intimidad frente a cualquier intromisión injustificada deberá ser considerada una exigencia de la cuarta enmienda de la Constitución americana, y por ello el Estado y la justicia deben garantizar a todas las personas la seguridad propia, de sus domicilios y de sus efectos frente a cualquier intromisión indebida.

En los Estados Unidos se sancionó como -public law- (ley pública) el 4 de julio de 1966 (5.U.S.C. 522) y se estableció una enmienda de las actas de libertad de información y del acta de libertad de información, los ciudadanos obtuvieron el derecho de acceso a los datos contenidos en oficinas públicas, con el único requisito de declarar una razón de necesidad para ello, no pudiendo negarse la oficina en cuestión, salvo por razón debidamente fundada.

Esta norma se mejoró con la sanción de la ley referida al libre acceso a información, denominada -FOIA Freedom of Information Act, FOIA-, 5 U. S. Code, Sec. 552. La FOIA es una forma de hábeas data prevista para fomentar el acceso a toda clase de documentación o archivo gubernamental; fue hecha ley en 1966, y recibió modificaciones en 1974 (post Watergate) y 1986 (durante el gobierno de Reagan).

La norma posibilita, con ciertas excepciones, que toda oficina gubernamental expida información específica referida al contenido de archivos, fichas, etc., contenida en un banco de datos determinado y perteneciente a un período limitado. El gobierno debe acceder a la petición, aunque puede cobrar los costos de la búsqueda y reproducción de la información si supera un mínimo. En caso de demora o negativa de la dependencia, se puede accionar legalmente contra la misma. Si se demostrara

actuación ilegítima por parte del funcionario que negó la información, éste sufrirá sanciones y el Estado deberá resarcir los daños y perjuicios que pudieran haberse ocasionado.

La norma no impone como requisito una necesidad subjetiva entre requirente y la información. Algunas de las características de la norma se refieren a la obligación de las oficinas gubernamentales de brindar al público datos sobre su organización y destino, y sobre la forma para adquirir información sobre su organización y destino, y sobre la forma para adquirir información sobre su actividad y archivos.

Consagra también el principio operativo de la publicidad de los actos de gobierno y el acceso a bancos, archivos, expedientes específicos, etc. Debe fijar un costo razonable y diferencial si el interés es comercial, de uso científico, educativo, personal o general; dice la norma que el costo no puede exceder, por las primeras dos horas de búsqueda o 100 páginas copiadas, los doscientos cincuenta dólares.

Las cortes federales pueden exigir la reproducción de archivos y de información denegados, fijando a la oficina en cuestión un plazo no superior a treinta días, además de las posibles sanciones. El incumplimiento de la orden de la Corte importará el dictado de una sentencia de desacato contra el funcionario.

Toda solicitud de informes deberá ser respondida por la oficina en un plazo de diez días hábiles, aceptando apelaciones de su decisión con respuesta dentro de los 20 días siguientes a su interposición. La complejidad de los archivos y circunstancias del caso pueden justificar un plazo mayor; ello estará relacionado con la razonabilidad de la situación.

Las limitaciones que consagra la norma están referidas a la existencia de una orden de defensa nacional o de política internacional que determine la clasificación o reserva de la misma. Puede incluir la información referida a personal de las agencias; la información que fuera objeto de prohibición expresa por una disposición del parlamento; secretos comerciales; documentación de terceros privada o referida a un litigio reservado; fichas con contenido personales, informes de salud o privados; cierta información de fuerzas de seguridad o policiales que puedan provocar con su difusión o conocimiento peligro para la integridad física de la persona; información financiera y secreto bancario.

Las enunciadas son restricciones genéricas que por una causa de interés general o especial, o por una orden judicial, pueden ser objeto de información.

La FOIA establece también una obligación anual para cada oficina de preparar un informe remitido al presidente y al Congreso sobre la cantidad de solicitudes, denegaciones y su fundamentación, apelaciones administrativas y órdenes judiciales, sus resultados y sanciones. Por último, la norma se refiere concretamente a agencias gubernamentales, pero resultan comprendidas las oficinas, todo departamento ejecutivo, militar, empresa estatal o similar (entendidas en forma amplia) y también las agencias regulatorias independientes.

La presente ley implicó para los ciudadanos el conocimiento directo y personal de los archivos, pero fundamentalmente, y debido a los informes anuales que las distintas oficinas deben enviar, posibilitó el necesario control parlamentario que resulta esencial para el equilibrio de poderes y para evitar que el Congreso se transforme en un mero

espectador y continuo solicitante de informes, de los cuales sólo recibirá respuesta en tanto y en cuanto los mismos no afecten los intereses del Ejecutivo.

En síntesis se podría decir, que existen en la legislación de los Estados Unidos al menos las siguientes normas relativas al registro y almacenamiento de datos:

1) Acta de privacidad de 1974: se refiere, como bien dice el título, a la protección de la privacidad de los individuos cuyos datos personales figuran en bancos de datos del gobierno. Sus mandatos básicos son los siguientes:

   a) Prohibición de la existencia de bancos de datos secretos de información personal;

   b) Posibilidad del individuo de conocer qué información existe acerca de él y cuál va a ser su uso;

   c) Prohibición de utilizar la información personal sin el permiso del individuo para otro propósito diferente de aquel para que fue recopilada;

   d) Toda organización que recopile, use o distribuya información personal debe establecer los medios necesarios para asegurar su fiabilidad y prevenir los posibles abusos que se puedan realizar con la misma.

2) Acta de Privacidad Educacional: protege la información registrada en instituciones educativas públicas. Sus principales puntos son:

   a) Los datos sólo pueden ser recopilados por aquellas personas u organismos autorizados por la ley;

b) Los estudiantes y los padres han de tener la posibilidad de acceso a las informaciones educacionales sobre ellos;

c) Solamente se permite la comunicación de esta información a las instituciones educativas públicas para el uso administrativo.

3) Acta de privacidad financiera de 1978: proporciona a los individuos restringiendo el acceso del gobierno a las informaciones sobre los clientes de los bancos e instituciones financieras, estableciendo así un cierto grado de confidencialidad de los datos financieros personales.

4) Acta de libertad de información de 1970: establece el derecho de los individuos de acceder a los datos sobre ellos almacenados.

Además de las actas ya mencionadas, cada Estado dicta leyes al respecto, destacando en muchas de ellas la obligatoriedad de que los datos sean relevantes, actualizados y precisos, prohibiendo su difusión sin autorización. Sin embargo, aún no han sido reguladas las prácticas de las instituciones privadas respecto de sus bancos de datos de información personal; esto tal vez se deba a que todavía no está claro el significado del concepto de privacidad de la información.

CAPÍTULO V

5. Empresas mercantiles que comercializan datos personales a diferentes entidades privadas o estatales

5.1. Antecedentes

Según publicación del diario siglo XXI, de fecha 15 de abril de 2003 que indica con respecto al tema de estudio: En Guatemala existen más de 10 empresas que realizan operaciones profesionales, relacionadas con servicios de investigación de personas individuales o jurídicas, lo anterior, sin embargo podría generar problemas legales, la Constitución en su Artículo 31 refiere que cualquier persona individual puede consultar lo que se informe de ella en archivos o registros estatales y puede modificar corregir y actualizar los datos que puedan aparecer, por aparte la prohibición de utilizar datos personales se contempla en la Ley de Libre Acceso a la información (habeas data).

Los medios de comunicación son los que alertan a la población a partir del 2002 el funcionamiento de empresas mercantiles que lucran con datos personales de ciudadanos guatemaltecos.

Este fenómeno se hace público y contribuye a que las instituciones responsables accionen y cumplan con sus funciones, es a partir de esta publicación que, el procurador de los derechos humanos y el Ministerio Público inician acciones, por casos concretos, el primero de los relacionados por violación al derecho a la intimidad, y promueve acción de amparo para restituir los derechos vulnerados del ciudadano afectado.

5.2. Denominación

Estas empresas se encuentran inscritas en el Registro Mercantil como sociedades anónimas conforme el procedimiento establecido en el Código de Comercio, y han creado otras empresas dentro de la misma sociedad.

En el Registro Mercantil, actualmente se encuentran 12 empresas, constituidas en sociedades anónimas, debidamente inscritas que se dedican a esta actividad, cuyo fin primordial es la compraventa de información electrónica, procesamiento de información para la banca, el comercio, la industria y cualquier otro sector público o privado, prestación de asistencia técnica de servicios y asesoría informática y otros, las empresas que aparecen en el registro mercantil según consulta realizada el 9 de septiembre de 2010, son las siguientes:

Nombre de la sociedad	Expediente	Año
INFORNET	22846	1995
SND ELECTRONICOS	31733	1999
ALTERNATIVAS FUTURAS	8699	1996
ORION TELECOMUNICACIONES	43854	2000
TRANSACCIONES UNIVERSALES	987	1993
DIGICEL GUATEMALA	37739	2001
CYBERCABLE BODEGAS	22255	2004
5ND PRODUCTOS ELECTRONICOS	19669	2004
CYBERCABLE NUEVAS REDES S.A.	22251	2004
INNOTECHSA	20775	2006
SCREEN CITY	55058	2007

5.3. Objeto

Es la compraventa y procesamiento de información electrónica, para la banca, el comercio y la industria y cualquier otro sector público o privado, prestación de asistencia técnica de servicios y asesoría informática y otros, actividades relacionadas con la prestación de servicios de correo nacional e internacional en cualquier forma y modalidades electrónicas, computarizadas y satelitales en materia de telecomunicaciones.

Las empresas que aparecen como denunciadas, ante el procurador de los derechos humanos y el Ministerio Público, es **Infornet, Transunion y Digidata.** Las víctimas de esta actividad comercial han sido afectadas en su derecho a la intimidad y otros derechos que se relacionan, derecho al honor, al buen nombre, a la dignidad, derecho al trabajo, el principal interés en esta actividad, es el lucro, sin importar la afectación del proyecto de vida de ciudadanos y ciudadanas guatemaltecas.

5.4. Instituciones del estado que autorizan su funcionamiento

Actualmente no existe institución estatal que supervise el uso que estas entidades mercantiles en cuanto a las actividades que realizan en la recolección, procesamiento y posterior comercialización de los datos personales e información de los ciudadanos y ciudadanas guatemaltecas, si bien es cierto se encuentran legalmente inscritas en el respetivo registro y son supervisadas por la superintendencia de administración tributaria ello en cuanto a la responsabilidad de pago de los impuestos que les corresponda.

5.5. Instituciones que por mandato constitucional deben proteger el derecho a la intimidad

5.5.1. Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha conocido en apelación de sentencias emitidas dentro de las acciones de amparo conocidas y relacionadas con la comercialización de datos personales. En resolución emitida, en el expediente 1356-06 en el numeral romano IV párrafo segundo indica: Es sabido que en la legislación comparada y de acuerdo con la doctrina procesal constitucional moderna la tutela de tales derechos se hace por medio de la acción procesal denominada habeas data misma que en Guatemala no ha sido objeto de regulación legal.

La Corte de Constitucionalidad, ya se ha referido con precisión a la inclusión de este derecho dentro del texto constitucional, esto es: el del derecho a la intimidad o de la vida privada que también tienen rango constitucional y que se extrae de lo previsto en los Artículos 23, 24, 30 y 35, de cuyo respectivo tenor se interpreta que preservan: la intimidad del hogar lo que incluye la protección de valores subjetivos; la inviolabilidad de documentos (los realizados por la inmediación pública que no dejan de tener carácter privado, como es un acuerdo sobre alimentos para un niño); la salvedad de datos proporcionados por los particulares con garantía de confidencialidad (que sería la que la ley reconozca); y el respeto a la vida privada (aunque referido al ejercicio de la emisión del pensamiento, es indicativo de ese valor).

Refuerza esta tesis del carácter fundamental del derecho a la intimidad o vida privada, que se encuentra debidamente reconocido en el Artículo 12 de la declaración universal de derechos humanos y el Artículo 14 del pacto internacional de derechos civiles y

políticos, los que, por virtud de los Artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República, forma parte del ordenamiento interno del país con rango constitucional.

Aun más, el Artículo 30 del código de menores garantiza la privacidad de las actuaciones que se refieren a menores. A propósito del concepto indicado, en materia jurisprudencial es oportuno citar parte de una sentencia del tribunal constitucional español: El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales.

La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado.

Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada.

De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio pueda realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad. (STC 110/84, 26 noviembre 1984) (Sentencia dictada dentro del expediente 438-2000).

5.5.2. Procurador de los Derechos Humanos

El procurador de los derechos humanos de Guatemala, de octubre de 2003 a septiembre de 2007 ha conocido y tramitado denuncias, presentadas por personas afectadas en su vida privada por empresas mercantiles, cuya principal actividad es la venta de datos personales a diferentes entidades privadas o estatales.

Investigaciones iniciadas a petición de parte o de oficio, por el derecho a la intimidad, debido a que diversas empresas entre ellas Infornet, Transunión, han obtenido información personal relativa al patrimonio, bienes, parentescos, estado civil, tarjetas de crédito con sus respectivos historiales de pago, capital autorizado, moneda y mora, realizando diagnósticos de sus estados financieros, calificándolos como personas no elegibles de obtener créditos o préstamos, al extremo que esta información es utilizada además para tener acceso a un empleo, todos estos datos personales son vendidos por las empresas indicadas sin previa autorización.

La institución del procurador de los derechos humanos, fue creada por la asamblea nacional constituyente, sus funciones y atribuciones se establecen en la Constitución Política de la República de 1985, inicia sus funciones en agosto de 1987. Su fundamento legal constitucional se encuentra en los Artículos 273 al 275, de la carta magna, existe una ley específica que establece todo lo relativo a sus funciones y atribuciones, como el procedimiento para tramitar denuncias de violaciones a los derechos humanos que le sean presentadas o conocidos de oficio.

Los campos de acción de esta Institución, que tiene la mayor importancia dentro del mandato constitucional es la procuración en derechos humanos, y promoción, educación y divulgación en derechos humanos, se puede indicar que son las

atribuciones de mayor relevancia del procurador de los derechos humanos, que es una instancia unipersonal.

Tomando en cuenta que el tema que se aborda es relacionado con el derecho a la intimidad, es importante conocer cuál es la competencia y procedimientos de la relacionada institución en cuanto a las denuncias de violación de los derechos a la intimidad.

Las denuncias presentadas y que deben ser conocidas por esta institución están desprovistas de cualquier formalidad, por lo que los afectados pueden hacerlo por los medios más sencillos, por teléfono a través de la línea 1555, por una carta simple, correo electrónico o compareciendo personalmente para presentar su queja. Se documenta la denuncia; el procurador procede a la apertura de un expediente que puede ser a petición de parte del interesado; el afectado identifica plenamente, señala lugar para recibir notificaciones, o bien lo inicia de oficio, el procurador y/o sus procuradoras adjuntas conocen estos hechos personalmente o a través de los medios de comunicación.

Se elabora la primera resolución, que es la agenda que le indica al oficial que tramita el expediente las acciones a realizar y cuales acciones ya se realizaron, que pueden ser medidas urgentes, como promover exhibición personal, acciones de amparo, denuncia ante el Ministerio Público, si los hechos son constitutivos de delito.

La Ley del procurador de los derechos humanos, ordena que se deben solicitar informes circunstanciados al superior jerárquico del denunciado, en el presente caso el denunciado es una empresa privada que se constituye regularmente como una sociedad anónima, por lo que debe solicitar los informes a la instituciones del estado,

que tienen la obligación de realizar investigación o bien una supervisión a estas empresas que recolecta datos personales y los comercializan.



Al analizar los casos que la institución ha conocido se puede establecer que se ha solicitado informe al representante legal de la empresa denunciada, para que se pronuncie en cuanto a los hechos denunciados y por su derecho de defensa.

Se emite una resolución final, la que puede ser:

- Que existen razones suficientes para dictar violación a los derechos humanos.
- Que existe un comportamiento lesivo a los derechos de los afectados.
- Que no existen elementos suficientes para dictar una violación a los derechos humanos (carecen de veracidad los hechos o el funcionario responsable cumplió con sus funciones y atribuciones).
- Suspende su actuación por estar el hecho denunciado en conocimiento de un órgano jurisdiccional competente.

En los casos que se presentan ante el procurador de los derechos humanos, figura como autoridad denunciada informes en red, sociedad anónima, de nombre comercial **infornet,** a dicha empresa por orden de juez competente le fue incautado equipo de cómputo y, supuestamente, bases de datos.

El proceso se encuentra en trámite. Respecto a los procesos de amparo donde se ha acogido la pretensión actuada bajo el patrocinio del procurador de los derechos humanos, la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad se encuentra firme.

Existen otros procesos constitucionales de amparo, que aún se encuentran en trámite. En la unidad de seguimiento de la PDH, debe dársele la prosecución correspondiente a los expedientes que en esa sede se tramitan, hasta lograr su efectivo cumplimiento. Más recientemente, en sentencia dictada con fecha once de octubre de dos mil seis, dentro del expediente 1356-2006, la Corte de Constitucionalidad, al declarar con lugar el amparo promovido por el presentado, consideró:

El procurador de los derechos humanos ha promovido contra informes en red, sociedad anónima, a la que se imputa la realización indebida de actividades de divulgación de información. Con ello, el procurador de los derechos humanos estima que tal actividad afecta la intimidad, privacidad y honor de dicha persona.

Las doctrinas modernas que preconizan la vigencia y respeto a los derechos humanos, sostienen un criterio vanguardista respecto de que el catálogo de derechos humanos reconocidos en un texto constitucional no puede quedar agotado en éste, ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que le es insita respecto de la persona humana.

Esto es así, porque es también aceptado que los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino que, además, principios básicos de un orden social establecido, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico y político de un Estado, creando así un clima de convivencia humana, propicio para el libre desarrollo de la personalidad.

En una Constitución finalista, como lo es aquella actualmente vigente en la república de Guatemala, que propugna por el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento, no puede obviarse que los derechos fundamentales reconocidos en dicho

texto no son los únicos que pueden ser objeto de tutela y resguardo por las autoridades gubernativas.

Existen otros derechos que por vía de la incorporación autorizada en el Artículo 44 de la Constitución Política de la República o de la recepción que también autoriza el Artículo 46 del texto matriz, también puede ser objeto de protección, atendiendo, como se dijo, su carácter de inherentes a la persona humana, aun cuando no figuren expresamente en este último texto normativo.

Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanan, por el contenido esencial de este derecho, aquellos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, las cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa.

La Corte de Constitucionalidad sostiene que con la decisión que se asume en este fallo, se pretende positivar, en beneficio de los derechos que están reconocidos en los Artículos 4 y 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 12 de la declaración universal de derechos humanos; 11.2 de la convención americana sobre derechos humanos y 17 del pacto internacional de derechos civiles y políticos. Para ello, se estima pertinente matizar los siguientes aspectos: Los derechos a la intimidad y al honor requieren de una protección jurídica especial que posibilite, a su vez, una protección del -yo- de cada persona en ámbito jurídico de los demás.

Agrega la citada corte que ésto debe impedir que, bajo subterfugios, pueda darse a conocer a terceros diversas situaciones calificadas por el conglomerado social como deshonrosas, atentatorias de la honra personal, la propia estimación y el buen nombre o

reputación de una persona y que afecten a ella en su propia individualidad; derechos estos últimos que son propios de los principales atributos de la persona humana: la personalidad.

No es ajeno al conocimiento de ese tribunal que el derecho a la intimidad propugna por un mínimo respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que es aquél que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo aquéllas en las que sea el propio particular autorice su divulgación.

Sigue indicando el máximo tribunal constitucional en su resolución dentro del amparo citado, que es insoslayable que la intromisión a este derecho puede alcanzar niveles insospechados con el avance de la tecnología actual y la transmisión de información por medios de comunicación masiva. Los avances de la tecnología informática generan a su vez una dificultad en cuanto a proteger adecuadamente el derecho a la intimidad y a la privacidad de una persona individual.

Una solución a esa problemática ha sido la de reconocer el derecho a la autodeterminación informativa del individuo, cuyo goce posibilita a éste un derecho de control sobre todos aquellos datos referidos a su persona y, a su vez, le garantiza la tutela debida ante un uso indebido (es decir, sin su autorización) y fines de lucro, por parte de un tercero, de todos aquellos datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, con los cuales se integra una información identificable de una persona; información que cuando es transmitida a terceras personas sin los pertinentes controles que permitan determinar su veracidad o actualización.

Es sabido que en la legislación comparada y de acuerdo con la doctrina procesal constitucional moderna, la tutela de tales derechos se hace por medio de la acción

procesal denominada -habeas data-, misma que no ha sido objeto de regulación legal. Ante ese vacío legal, y mientras el mismo concurra en este país, la Corte sostiene que por la amplitud con la que está establecido el ámbito de conocimiento del amparo, este último resulta ser la acción constitucional idónea para garantizar el derecho que a toda persona asiste de acceder a su información personal recabada en bancos de datos o registros particulares u oficiales (observándose, respecto de este último, las situaciones de excepcionalidad contenidas en el Artículo 30 constitucional) o cuando esos datos sean proporcionados por personas individuales o jurídicas que prestan un servicio público de suministro de información de personas, a fin de positivar aquellos derechos a corregir, actualizar, rectificar, suprimir o mantener en confidencialidad información o datos que tengan carácter personal y así garantizar el adecuado goce de los derechos reconocidos en los Artículos 4, 28 y 31 de la Constitución Política de la República.

5.5.3. Ministerio Público

Es la institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de Acción Pública y de Acción Pública a instancia particular. Otra de sus funciones es asesorar a quien pretenda querellarse por delitos de acción privada de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal, las funciones de este ministerio se encuentran establecidas en el Decreto Numero 40-94 del Congreso de la Republica de Guatemala.

Al analizar las denuncias presentadas, en el periodo comprendido de 2004 al 2007 en esta Institución se pudo establecer, que no existen criterios unificados en el trámite de las denuncias presentadas, por los ciudadanos y ciudadanas con respecto a los agravios que han sufrido, debido a que sus datos personales se encuentran en las

bases de datos, de las empresas cuya actividad es la recolección, procesamiento y comercialización de datos personales, sin contar con la autorización de los ciudadanos y ciudadanas.

La Oficina de Atención Permanente del Ministerio Público, es la responsable de recibir las denuncias, documentar las denuncias y asignar agencia fiscal, que debe conocer, se pudo establecer que es el oficial responsable de recibir las denuncias el que asigna la agencia fiscal que será la responsable del caso esto no permite que se puedan unificar en una sola fiscalía, los casos en contra de esta empresas, en cuanto a tipos de delitos, en el periodo comprendido existen denuncias que fueron remitidas a diferentes agencias de desjudicialización y otras a agencias que tramitan casos de propiedad intelectual.

Los delitos por los que se inicia la investigación son: Registros prohibidos, coacción, manipulación de información, uso de información.

En las agencias fiscales de desjudicialización, como su nombre lo indica, no se acciona ante los juzgados competentes, el procedimiento es al recibir la denuncia citan a las partes para que lleguen a acuerdos, si no se cumplen, las victimas se reservan el derecho de accionar. En las agencias fiscales de propiedad intelectual, solicitan la información a la empresa denunciada.

Se cita a los denunciantes para que ratifiquen la denuncia. Citan al denunciado y al denunciante, realizan un compromiso de borrar a los afectados de la base de datos, si se incumple, lo remiten al juzgado competente. Hasta la fecha no se ha emitido ninguna sentencia por delitos en contra de las empresas denunciadas.



CONCLUSIONES

1. En el ordenamiento jurídico guatemalteco, no existe una norma que de manera efectiva garantice los derechos de las personas, que han sido víctimas de comercialización de datos personales; la acción de amparo es el único medio de protección para que a los afectados por empresas mercantiles se les restituya en sus derechos.

2. Instituciones como el Ministerio Público, la Procuraduría de los Derechos Humanos, no tienen unificados criterios en relación a los procedimientos a seguir, en las denuncias que se presentan hacia las empresas que comercializan datos personales, unas las tramitan como delitos de acción privada y otras de acción pública, no se les proporciona la asesoría a las víctimas.

3. A la fecha (junio de 2011) no se ha emitido ninguna sentencia penal contra las empresas que comercializan datos personales con los cuales afectan a la población; se conoce un caso en el Juzgado Segundo de Primera Instancia Penal, que tiene varios años tramitándose, en el cual se evidencia la falta de celeridad en los procedimientos que se ventilan en los juzgados.

4. La Ley de Acceso a la Información Pública, es un instrumento idóneo para restituir los derechos de las personas que han sido víctimas de comercialización de sus datos personales, ya que establece sanciones penales a las empresas mercantiles que se dedican a esta actividad, además estas empresas pueden seguir con esta actividad comercial, si los datos que comercializan provienen de los registros públicos.

5. No se protege a los guatemaltecos con convenios internacionales de derecho fundamental, en lo que respecta a la libertad del hombre, que se vería seriamente afectada por la invasión de su intimidad, violentando su propia conducta. También es evidente que el Estado, en lo concerniente a la protección del derecho a la intimidad, es muy pobre en su legislación.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe crear una ley ordinaria que regule el reconocimiento y la protección expresa de los derechos a la protección de datos personales en todas sus manifestaciones; estableciendo las sanciones al vulnerar dichos derechos, fijando el procedimiento para la reparación del daño causado y las medidas necesarias para indemnizar al afectado.

2. Se hace obligatorio que el Organismo Ejecutivo proponga reformas a la actual Ley de Acceso a la Información Pública, específicamente en cuanto a los sujetos obligados, que se incluyan a las empresas que comercializan datos personales, el decreto no es limitativo, pero se refiere a las empresas que manejen o administren fondos del Estado.

3. Es necesario que el Ministerio Publico implemente una unidad específica para darle seguimiento a las denuncias relacionadas con la comercialización de datos personales, unificando criterios a los fiscales y para darle un mejor tratamiento de las denuncias y la agilización de los procesos; así los afectados tengan acceso a la justicia y la restitución de sus derechos de forma efectiva, así como las sanciones penales correspondientes.

4. Corresponde al Organismo Judicial capacitar a los jueces que imparten justicia, que al momento de interpretar el Artículo 44 constitucional y aplicando los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos en consonancia con el Artículo 46 constitucional, protejan a las personas y sentencien a las empresas que comercializan con datos privados.

5. La Universidad de San Carlos de Guatemala, en uso de la iniciativa de ley, está obligada a proponer una adición al Decreto Número 57-2008, una norma que permita a los guatemaltecos acceder a la información que sobre ésta conste en un registro o banco de datos actualizados; y que goce de confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por tercero.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. **La política.** Traducción de Julián Marías y María Araujo. Madrid, Libro II. 1989

BALSELLS TOJO, Alfredo. **Los derechos humanos en nuestro constitucionalismo.** Guatemala, Ed. Serviprensa 1994 34. Bobbio Norberto y otros autores, Anuario de Derechos Humanos, Madrid 1981.

BERNARDO DE QUIRÓS, Constancio. **Inviolabilidad de domicilio.** Enciclopedia jurídica española, T. XIX, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1910.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 7t.; 27a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 2001.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho elemental.** Décima Ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1976.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. **Derecho a la intimidad.** Tirant-Lo-Blanch, Valencia. 1998.

COLLADO GARCÍA-LAJARA, Enrique. **Protección de datos de carácter personal, legislación,** comentario, concordancias y jurisprudencia, Comares, Granada. 2,000.

FREUND, Julián. **La esencia de la política.** Sirey; Paris, 1981.

GONZÁLEZ GAITANO, Norberto. **El deber de respeto de la intimidad en la información periodística,** en: Agejas, José Miguel: Ética de la comunicación; Barcelona: Ed. Ariel, 2002.

GONZÁLEZ TREJIVANO, P. J. **La inviolabilidad del domicilio.** Tecnos, Madrid, 1992.

KRABBE, Hugo. **La idea moderna de intimidad.** Paris, 1927, Vol. III.

LIMA TORADO, J. **Los textos jurídicos medievales como precedente de las modernas declaraciones de derechos humanos.** Madrid, centro de estudios constitucionales, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.

LORENCES VALENTÍN, Pierini Alicia y María Inés Tornabene. **Hábeas data.** Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria, 1999.

LOWENSTEIN, Kartl. **Roma y la teoría general del estado,** traducción de Inés de

MELGAR y Alfredo Gallego Anabitarte. **Revista de estudios políticos no. [illegible]4** (noviembre-diciembre de 1970).

MURGUERZA, Javier y otros autores. **El Fundamento de los derechos humanos.** España. Ed. debate S.A. 1989.

ORTEGA y GASSET, José. **Socialización del hombre, en el espectador.** T. VII y VIII, Espasa Calpe; Madrid, 1966.

ORTEGA y GASSET, José. **Vitalidad, alma, espíritu, en el espectador.** T. V y VI, Espasa Calpe; Madrid, 1968.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid, España. Ed. Tecnos , 1984.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La intimidad en la sociedad informatizada en derechos humanos, Estado de derecho y constitución.** Tecnos; Madrid: 2a ed. 1986.

PINEDA SANDOVAL, Melvin. **Fundamentos de derecho.** Guatemala: Ed. Gráficos de Serviprensa Centroamericana, de Guatemala, 1988.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español.** T. I, Vol. II, 2da ed. Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1951.

SABINE, George H. **Historia de la teoría política.** Trad. de Vicente Herrero, Madrid, España; Ed. F.C.E., 1987.

SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio. **La Edad Media española y la empresa de América.** Madrid: Ed. Cultural Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1983.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución,** trad. De Francisco Ayala; Madrid: Ed. Alianza, 1982.

TRUYOL SERRA, Antonio. **Los derechos humanos.** Madrid, España. Ed. Tecnos, 1979.

PECES-BARBA, Gregorio. **Derechos fundamentales.** Madrid, España. Latina Universitaria, 1979.

VILLANUEVA, Ernesto. **Derecho de la información.** 1985.

WARREN, Samuel D. y Brandeis, Louis D. **Los derechos a la privacidad.** Harvard Law Review, Vol. IV, no. 5, 15-XII-1890.

WESTIN, Alan F. **Privacidad y libertad.** Nueva York. Ed. Atheneum, 1970.

Legislación:



Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860.

Constitución Política de la Nación de Argentina. Congreso General Constituyente. 22 de agosto de 1994.

Constitución Política de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, 1991.

Constitución del Reino de España. España 1978.

Constitución Política del Perú. Congreso de la República del Perú, 1993.

Constitución de los Estados Unidos de América. 1954.

Código Penal. Decreto Número 17-73, del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Penal. Decreto Número 57-92, del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto Número 40-94 y Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala

Ley de emisión del pensamiento. Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala, Decreto Número 9.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala, Decreto Numero 1-86.

Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República, Guatemala 4 de junio de 1987.

Ley de Acceso a la Información Pública. Decreto Número 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Convención Americana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 22 de Noviembre de 1969.